المحيط البرهاني

في

الفقه النعماني

فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز
ابن مازة البخاري الحنفي
المتوفى ٦١٦ هـ

تحقيق

عبد الكريم سامي الجندي

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:

السير - الاستحسان والكراهية - التحري - اللقيط - اللقطة
الإباق - المفقود - الغصب - الوديعة - العارية

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى
٢٠٠٤ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
B.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4038-8



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com



كتاب السير

في هذا المجلد خمسة عشر فصلاً منه.

١ - في بيان صفة الجهاد.

٢ - في بيان شرائط القتال مع الكفرة.

٣ - في بيان من يجوز قتله ومن لا يجوز من المشركين.

٤ - في بيان ما ينتهي الأمر بالقتال.

٥ - في بيان من يجوز له الخروج إلى الجهاد من غير كراهة ومن لا يجوز.

٦ - في إدخال الغزاة النساء مع أنفسهم دار الحرب.

٧ - في الفرار من الزحف.

٨ - في الجعائل.

٩ - في الخدعة في الحرب.

١٠ - في بيان ما يجب من طاعة الأمير وما لا يجب.

١١ - في المبارزة والرجل يحمل على المشركين وحده.

١٢ - في مسائل الأمان.

١٣ - في النبذ بعد الأمان.

١٤ - في الحربي يدخل دارنا بغير أمان.

١٥ - في المسلم يدخل الأشياء دار الحرب وفي الحربي المستأمن يفعل ذلك.

الفصل الأول
في بيان صفة الجهاد

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: الجهاد واجب على المسلمين، إلا أن المسلمين في سعة من الجهاد حتىٰ يحتاج إليهم، واختلف عبارة المشايخ في ذلك.

قال بعضهم: الجهاد واجب على المسلمين، وإذا جاء إليهم نفير فهو فريضة، وفرق هذا القائل بين الواجب والفريضة، وكأنّ هذا القائل مال إلى ما قال أبو حنيفة رضي الله عنه. والفرق بين الواجب والفريضة ظاهر، فإن الصلاة المبرورة لا تؤدىٰ بعد العصر وتقضىٰ الفوائت بعد العصر.

وقال بعضهم: الجهاد قبل النفير تطوع وبعد النفير يصير فرض عين ومنه سمي الغزاة مطوعة أي متطوعة، قال الله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَلۡمِزُونَ ٱلۡمُطَّوِّعِينَ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ﴾ [التوبة: ٧٩] الآية، وأراد به المتطوعين.

وعامة المشايخ قالوا: الجهاد فرض على كل حال غير أنه قبل النفير فرض كفاية وبعد النفير فرض عين، وهو صحيح. وكان رسول الله ﷺ في الابتداء مأموراً بالإعراض عن المشركين بقوله تعالىٰ: ﴿وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ [الأنعام: ١٠٦، والحجر: ٩٤] ثم أمر بالدعاء إلى الدين بالموعظة والمجادلة بالتي هي أحسن قال الله تعالىٰ: ﴿ٱدۡعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ﴾ إلى قوله: ﴿وَجَٰدِلۡهُم بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُۚ﴾ [النحل: ١٢٥] ثم أمر بالقتال، إذا كانت البداية منهم قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِن قَٰتَلُوكُمۡ فَٱقۡتُلُوهُمۡۗ﴾ [البقرة: ١٩١] ثم أمر بالقتال ابتداء، لكن في بعض الأزمان، قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ﴾ [التوبة: ٥] الآية ثم أمر بالقتال مطلقاً في الأزمان كلها وفي الأماكن بأسرها قال الله تعالىٰ: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ يَلُونَكُم مِّنَ ٱلۡكُفَّارِ﴾ [التوبة: ١٢٣] وقال الله تعالىٰ: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] وقال عليه السلام: «أمرت أن أقاتل الناس»[1] فاستقر الأمر على وجوبه مطلقاً، وعلى فرضيته عاماً، فهو معنىٰ قول أبي حنيفة رضي الله عنه: الجهاد واجب على المسلمين، وقوله: إلا أن المسلمين في سعة من الجهاد يريد به قبل مجيء النفير ومعنىٰ النفير: أن يخبر أهل مدينة أن العدو قد جاء يريد أنفسكم أو ذراريكم وأموالكم، فإذا أخبروا على هذا الوجه:

(١) لفظ الحديث بتمامه: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ﷺ، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلاّ بحق الإسلام، وحسابهم على الله». أخرجه البخاري في الإيمان حديث ٢٥، ومسلم في الإيمان حديث ٢١، وأبو داود في الجهاد حديث ٢٦٤٠، والترمذي في الإيمان حديث ٢٦٠٦، والنسائي في الزكاة حديث ٢٤٤٣، وابن ماجه في المقدمة حديث ٧١.

افترض على كل من قدر على الجهاد من أهل البلدة أن يخرج للجهاد، وقبل هذا الخبر كانوا في سعة من أن لا يخرجوا، وإنما كانوا في سعة قبل مجيء النفير، لأن الجهاد قبل مجيء النفير فرض كفاية، وما كان فرض كفاية يسع للإنسان تركه إذا لم يحتج إليه في الإقامة كصلاة الجنازة، والدليل على كونه فرض كفاية قبل مجيء النفير قول تعالىٰ: ﴿لَّا يَسْتَوِي ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ إلى قوله: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ﴾ [النساء: ٩٥] فقد وعد القاعد الحسنىٰ.

ولو كان الجهاد فرض عين لما استحق القاعد بقعوده الحسنىٰ، بل كان يستحق الإثم، ولما وعد الحسنىٰ علمنا أنه فرض كفاية، وقد صح أن رسول الله ﷺ خرج في بعض الغزوات، وقعد في البعض، ولو كان الجهاد فرض عين لما قعد في بعض الأوقات، والناس تعاملوا من لدن رسول الله عليه السلام إلى يومنا هذا على خروج بعض المسلمين للجهاد وقعود البعض، ولو كان فرض عين لما وجد القعود من البعض، والمعنىٰ في ذلك من وجهين:

أحدهما: إنه لو جعل الجهاد فرض عين ووجب على كل واحد إقامته لتعطل مصالحه ديناً ودنيا، وفي ذلك اندراس الأحكام، وقد أمرنا به لقوله تعالىٰ: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ﴾ [التوبة: ١٢٢] الآية.

والثاني: أن القتال ما شرع لعينه، لأن عينه إفساد وإضرار وإنما شرع لغيره وهو [١٦أ/ ٢] إعلاء كلمة الله تعالىٰ، ودفع الشر عن المحاربين، فإذا حصل هذا المقصود بالبعض سقط عن الباقين، إلا إذا صار النفير عاماً، فحينئذٍ يفرض إقامته على الكل، لأنه إذا صار النفير عاماً علم أن الكفاية لم تقع بالبعض، واحتيج إلى الباقين، فافترض على الكل.

ثم بعد مجيء النفير العام لا يفترض الجهاد على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً فرض عين، وإن بلغهم النفير، وإنما يفترض فرض عين على كل من كان يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فأما على من وراءهم يبعد عن العدو، فإنه يفترض فرض كفاية لا فرض عين حتىٰ يسعهم تركهم، فإذا احتيج إليهم بأن عجز من كان يقرب من العدو من المقاومة مع العدو وتكاسلوا ولم يجاهدوا، فإنه يفترض على من يليهم فرض عين كالصوم والصلاة ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل الأرض شرقاً وغرباً على هذا الترتيب.

ونظيره الصلاة على الميت، فإن من مات في ناحية من نواحي البلدة فعلىٰ جيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأشيائه وليس على كل من كان يبعد من الميت أن يقوم بذلك، فإن كان أهل المحلة يضيعون حقوق الميت، أو يعجزون عنه، فعلىٰ الذي يبعد منه أن يقوم به، كذا ههنا. ثم يستوي أن يكون المستنفر عدلاً أو فاسقاً يقبل خبره في ذلك، لأن هذا خبر ينتشر ويشتهر بين المسلمين في الحال، وكذا منادي السلطان يقبل خبره عدلاً كان أو فاسقاً.

قال أبو الحسين رحمه الله في مختصره: ولا ينبغي أن على ثغر من ثغور المسلمين

ممن يقاوم العدو في قماتهم وإن ضعف ثغر من الثغور عن المقاومة مع العدو وخيف عليه، فعلىٰ من وراءهم من المسلمين أن ينفروا إليهم الأقرب، وأن يمدوهم بالكراع والسلاح، ليكون الجهاد أبداً قائماً، والدعاء إلى الله تعالىٰ وإلى دينه متصلاً، فالجهاد فرض قائم إلى قيام الساعة، وإليه أشار عليه السلام في قوله «الجهاد ماضٍ منذ أن بعثني الله إلى أن يقاتل آخر عصابة من أمتي الدجال»(١) وقوله تعالى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ الآية [التوبة: ٤١].

ومما يتصل بهذا الفصل

إذا دخل المشركون أرض المسلمين فأخذوا الأموال وسبوا الذراري والنساء، فعلم المسلمون بذلك وكانت لهم عليهم قوة كان عليهم أن يتبعوهم حتى يستنقذوا ذلك من أيديهم ما داموا في دار الإسلام، لا يسعهم غير ذلك، لأن أخذهم ذلك وذهابهم به ظلم منهم، لأن الطرف الأول من الاستيلاء بمنزلة الغصب، لأن الأخذ له صارت مالاً مغصوباً، والغصب ظلم فيجب على كل مسلم قدِر على دفع ذلك أن يدفعه ويعيد المأخوذَ إلى يد من كان في يده.

وإذا دخلوا أرض الحرب فكذلك في حق النساء والذراري ما لم يبلغوا بذلك حُصُونَهم حَذَرَهُم، ويسعهم أن لا يتبعوهم في حق المال يُريدُ به أن المأخوذ لو كان هو المال وَسِعهم أن لا يتبعوهم بعدما دخلوا دار الحرب.

ولو كان المأخوذ النساء والذراري فعليهم أن يتبعوهم بعدما دخلوا دار الحرب ما لم يصلوا إلى حصونهم، وهذا لأن المال يصير ملكاً لهم بإدخالهم إياه دراهم، لأن الطرف الآخر من الاستيلاء يلاقي مالاً مباحاً، فيصير المأخوذ ملكاً لهم.

ألا ترى أنهم لو أسلموا كان المأخوذ لهم، ولم يلزمهم رده على صاحبه، وإذا صار ملكاً لهم التحق بسائر أموالهم، ولا يفترض على المسلمين قتالهم لأخذ أموالهم، فكذا لأخذ هذا المال بخلاف الذراري والنساء، لأنهم لا يصيرون ملكاً لهم بإدخالهم دار الحرب، فإذا لم يصر ملكاً لهم يفترض على كل من قدر من المسلمين قتالهم حتىٰ يستنقذوا ذلك من أيديهم، كما كان يفترض عليهم ذلك قبل دخولهم في دارهم، وإذا بلغوا حذرَهم وَمَأمَنَهمُ من دار الحرب، فأرادهم المسلمون ليقاتلوهم، فذلك فضل أخذوا به، وإن تركوا فلم يتبعوهم رجوت أن يكونوا في سعة من ذلك لوجهين:

الأول: أن الغالب لا يتمكنون من استنقاذ ذلك من أيديهم، فيسقط عنم الاستنقاذ، لأن الفرائض تسقط.

الثاني: أما تعلم أن في كل جانب من دار الإسلام من الشرق والغرب أسارىٰ من المسلمين في أيدي الكفار، فإذا قاتلنا في مأمنهم واستنقذنا ما في أيديهم من الذراري

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٥٣٢.

والنسوان، يلزمنا أن نقاتل قوماً آخرين حتىٰ نستنقذ ما في أيديهم من النساء والذراري ثَمَّ وثَمَّ فنبقىٰ مشتغلين بالقتال مدة عمرنا، ولا نتفرغ لإقامة مصالحنا، وعلى هذا انعقد الإجماع بين المسلمين، لأنهم قعدوا عن اتباعهم مع علمهم أن في أيدي المشركين من كل جانب شرقاً وغرباً أسارىٰ من المسلمين وإجماع الأمة من أقوىٰ الدلائل.

وذراري أهل الذمة وأموالهم في ذلك بمنزلة ذراري المسلمين وأموالهم لما ذكرنا أن الذمة خلف عن الإسلام في حق عصمة المال والنفوس.

وإذا كانت تثبت للنفوس والأموال من العصمة بالذمة مثل ما يثبت بالإسلام كان الجواب في أموال أهل الذمة وذراريهم كالجواب في ذراري المسلمين وأموالهم، فكل جواب عرفته ثَمَّ فهو الجواب هنا.

ثم إنما يفترض ذلك على كل من قدر عليه من المسلمين، فلا يفترض على كل من عجز، لأن العجز مما يسقط الفرائض، ثم إنما يفترض على كل قوي من المسلمين اتباعهم إذا طمعوا إدراكهم قبل أن يبلغوا حصونهم وحذرهم. ومأمَنَهُم [١٦ب/٢].

وأما إذا كان أكثر رأيهم أنهم لا يدركونهم كانوا في سعة من أن يقيموا فلا يتبعونهم، لأن فائدة اتباعهم التمكن من استنقاذ ما في أيديهم، فما داموا طامعين فإنه يفترض عليهم اتباعهم، وإذا لم يكونوا طامعين لم يكن في اتباعهم فائدة فيسقط عنهم.

الفصل الثاني
في بيان شرائط جواز القتال مع الكفرة

يجب أن تعلم بأن شرائط جواز القتال مع الكفرة على الخصوص أشياء ثلاثة:

أحدها: امتناعهم عن قبول الإسلام، أو قبول ما أقيم مقام الإسلام في حق أحكام الدنيا، وهو الذمة في حق من يجوز إعطاء الذمة بالجزية بعد الدعاء إليهم إن لم تبلغهم الدعوة إلى ذلك، إما من حيث الحقيقة أو من حيث الاعتبار، حتىٰ أنه إذا لم تبلغهم الدعوة إلى ذلك لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الاعتبار ولا يباح قتالهم إلا بعد تقديم الدعوة، وقد نص محمد ـ رحمه الله ـ على ما قلنا في «السير الكبير».

فقال: وإذا لقي المسلمون المشركين فإن كان المشركون قوماً لم يبلغهم الإسلام لا حقيقة ولا حكماً فلا ينبغي لهم أن يقاتلوهم حتىٰ يدعوهم إلى الإسلام.

والأصل في ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «ما قاتل رسول الله عليه السلام قوماً حتىٰ يدعوهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله»(١)، وعن طلحة أن رسول الله ﷺ «كان لا يقاتل المشركين حتىٰ يدعوهم»(٢).

---

(١) أخرجه الدارمي في السير حديث ٢٤٤٤.

(٢) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

فإن كان قومٌ قد بلغهم الإسلام إلا أنهم لا يدرون أيقبل المسلمون الجزية أم لا؟ فلا ينبغي لهم أن يقاتلوهم حتىٰ يدعوهم إلىٰ إعطاء الجزية، قال الله تعالىٰ: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ إلى قوله: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩].

وينبغي للإمام أن يبين لهم مقدار الجزية، ووقت وجوب الجزية، فيعلمهم أنه إنما تؤخذ الجزية منهم في كل سنة مرة، وأنه يؤخذ من الغني كذا.

ومن الفقير كذا، ومن الوسط كذا، وهذا إذا كان المشركون ممن يجوز أخذ الجزية منهم، فأما إذا كانوا ممن لا يجوز أخذ الجزية منهم، كان لهم أن يقاتلوهم وإن لم يعرفوا حال الجزية، لأنهم وإن علموها لا يقبل ذلك منهم فعلمهم بذلك وجهلهم سواء.

بعض مشايخنا قالوا: وهذا كان في ابتداء الإسلام حتىٰ لم يعلم الكفار على ماذا يقاتلون وإلى ماذا يدعون فوجبت الدعوة لإعلامهم فأما بعدما انتشر الإسلام وظهر كل الظهور وعرف المشركون أنهم إلى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فالدعوة مستحبة تأكيداً للإعلام والإنذار، وليست بواجبة، لأن العلم قد حصل لهم إلى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون، أما حقيقة بأن بلغتهم الدعوة، أو حكماً بأن استفاض شرقاً وغرباً أنهم إلى ماذا يدعون وأقيم ظهور الدعوة مقام دعوة كل مشرك، فإن قاتلوهم بناءً على هذه الدعوة فحسن، ألا ترى إلى ما روي «أن رسول الله ﷺ أغار على بني المصطلق وهم غارون غافلون»[1] و«أغار على أبنى صباحاً»[2] والدليل على صحة ما قلنا ما قال محمد رحمه الله في «الكتاب» في تأويل حديث طلحة، وابن عباس رضي الله عنهم: أن النبي عليه السلام أول من جاهر بالإسلام في ذلك الوقت وما كان يعلم أكثرهم أنه إلى ماذا يدعوهم فلهذا كان يقدم الدعاء، فالذي يؤيد ما قلنا ما روي عن إبراهيم أنه سئل عن دعاء الديلم فقال قد علموا الدعاء.

وعن الحسن أنه قال: ليس للروم دعوة قد دعوا في ....[3] الدهر ثم إنما تستحب الدعوة مرة أخرىٰ للتأكيد بشرطين:

أحدهما: أن لا يكون في تقديم الدعوة ضرراً على المسلمين أما إذا كان في تقديم الدعوة ضرر على المسلمين بأن علموا أنهم لو قدموا الدعوة أنه مستحب ودفع الضرر عن المسلمين واجب، فلا يجوز الاشتغال بالمستحب إذا تضمن ترك الواجب.

الشرط الثاني: أن يطمع فيهم ما يدعون إليه أما إذا كان لا يطمع فيهم ما يدعون إليه لا يشتغلون بالدعوة، لأنه يكون اشتغالٌ بما لا يفيد.

قال مشايخنا رحمهم الله: الأمر بالمعروف أُخذ من هذا فإن الأمر بالمعروف

---

(١) أخرجه البخاري في العتق حديث ٢٥٤١، ومسلم في الجهاد حديث ١٧٣٠، وأبو داود في الجهاد حديث ٢٦٣٣.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٦/ ٤٧٧.

(٣) بياض بالأصل.

والنهي عن المنكر إنما يلزمه إذا علم أنه إذا وعظ يتعظ، فأما إذا علم أنه لو وعظ لا يتعظ لا يلزمه ذلك، فلا يصير آثماً بتركه، ولو أن المسلمين قتلوا قوماً من المشركين لم تبغلهم الدعوة قبل تقديم الدعوة فلا شيء على المسلمين من دية ولا كفارة.

أما الدية فلأن وجوب الدية تعتمد التقوم والتقوم إنما يثبت بالإسلام أو بالأحرار بدار الإسلام على حسب ما اختلفوا فيه ولم يوجد.

وأما الكفارة فلأن العصمة عن القتل الموجبة للكفارة إنما تثبت بالإسلام أو بالذمة ولم يوجد واحد منهما.

الفصل الثالث
في بيان من يجوز قتله من المشركين ومن لا يجوز

قال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة رحمهما الله عن قتل النسوان والصبيان والشيخ الكبير الذي لا يطيق القتال والذين بهم زمانة لا يطيقون القتال فنهىٰ عن ذلك وكرهه، والأصل في ذلك: ما روي «أن رسول الله ﷺ رأىٰ امرأة مقتولة في بعض الغزوات، فقال: ما كانت هذه تقاتل فَلِمَ قتلت؟ أدرك خالداً وقل له لا يقتلن ذرية ولا عسيفاً»[١] وهذا الجواب في المرأة إذا كانت لا تقاتل [١٧أ/ ٢] حقيقة، فأما إذا كانت تقاتل حقيقة أو كانت ذات رأي تقاتل برأيها، أو كانت ذات مال تحث الناس على القتال بمالها تقتل، وكذلك إذا كانت ملكة تقتل ليفرق قومها.

وهذا الجواب في الصبيان إذا كانوا لا يصلحون للقتال ولا يقدرون على الصياح عند التقاء الصفين، فلا يكون رؤساء الجيش فأما إذا كان بخلاف ذلك يقتلون، وهذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال، ولا على الصياح عند التقاء الصفين، لا يقدر على الإحبال ولا يكون من أهل الرأي والتدبير.

أما إذا كان يقدر على القتال يقتل وكذلك إذا كان يقدر على الصياح عند التقاء الصفين يقتل، لأنه بصياحه يحرضهم على القتال.

وكذلك إذا كان قادراً على الإحبال، لأنه يحيي فيكثر من محارب المسلمين فيصير سبباً إلى المحاربة من هذا الوجه فيقتل، وكذلك إذا كان صاحب رأي يقتل، لأن الناس يحاربون برأيه فيصير مسبباً إلى المحاربة، وقد صح «أن رسول الله ﷺ قتل دريد بن الصمة فكان ابن مائة وعشرين سنة» وفي رواية «ابن مائة وستين سنة»[٢]، لأنه كان صاحب رأي.

قال أبو يوسف: وسألته عن قتل أصحاب الصوامع والرهابين فرأىٰ قتلهم حسناً، وفي «السير الكبير» يروىٰ عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنهم لا يقتلون، وهو قول أبي

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الجهاد حديث ٢٨٤٢.

(٢) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

يوسف، ومحمد. قيل لا اختلاف في الحقيقة، ما روىٰ أبو يوسف محمول على ما إذا كانوا يخالطون الناس أما خروجاً إليهم أو دخولاً عليهم، وكانوا يحثونهم على قتال المسلمين والصبر على دينهم والمقاتلة يصدرون عن رأيهم إذا كانت الحالة هذه يقتلون، لأنه لم يقع الأمر من جهتهم بأنهم يقاتلون برأيهم إن كانوا لا يقاتلون بأنفسهم.

وما ذكر في «السير الكبير» محمول على ما إذا طبقوا على أنفسهم الباب ولا يخالطون الناس أصلاً. إذا كانت الحالة هذه لا يقتلون بلا خلاف، لأنه وقع الأمر من جهتهم، لأنهم لا يقاتلون لا برأيهم ولا بأنفسهم، قيل: في المسألة خلاف لهما، استدلا بما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال ليزيد بن أبي سفيان وقد أمره على جيش: وإنك ستلقىٰ أقواماً من أصحاب الصوامع والرهابين زعموا أنهم فرغوا أنفسهم للعبادة فدعهم وما فرغوا أنفسهم له»، وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول هؤلاء من أئمة الكفر وقد قال الله تعالىٰ: ﴿فَقَٰتِلُوٓاْ أَئِمَّةَ ٱلۡكُفۡرِ﴾ [التوبة: ١٢] ومعنىٰ قوله إنهم فرغوا أنفسهم للإصرار على الكفر والاشتغال بما يمنع عنه في الإسلام.

فالظاهر أن الناس يقتدون بهم فهم يحثون الناس على القتال فعلاً إن كانوا لا يحثونهم على ذلك قولاً ولأن بما صنعوا لا يخرج بينهم من أن يكون صالحة للمحاربة وإن كانوا لا يشتغلون بالمحاربة كالمشتغلين بالحرابة والتجارة منهم بخلاف النساء والصبيان، فإن قتل واحد منهم مسلماً ثم أخذه المسلمون، فأما الصبي والمجنون فلا ينبغي أن يقتلوه، لأن قتلهما إنما أبيح لدفع قتالهما، وقد اندفع قتالهما حين وقع الظهور عليهما، وهذا لأن فعلهما بمنزلة فعل البهيمة من حيث إنه لا خطاب عليهما، كما لا خطاب على البهيمة.

ثم البهيمة إذا صالت على إنسان حتىٰ أبيح قتلها دفعاً لو أخذت فاندفع قتلها لا يحل قتلها كذا هنا.

فأما المرأة والشيخ الكبير فلا بأس بقتلهما بعدما أخذا، لأنهما مخاطبان من أجل أن يستوجبا العقوبة جزاءً على فعلهما، وقد تحقق الفعل الموجب لعقوبة القتل منهما، ألا ترى أنهما يقتلان قصاصاً فكذا يقتلان جزاءً على فعلهما، ومن قتل من المسلمين واحداً من هؤلاء قبل وجود القتال منه فلا كفارة عليه ولا دية.

واستدل محمد رحمه الله في «السير الكبير» لبيان أن المرأة إذا قتلت إنساناً تقتل بما روي «أن رسول الله ﷺ أمر يوم بني قريظة بقتلها به لأنها كانت قتلت خلاد بن سويد أمرها بذلك زوجها»(١) واستدل أيضاً لبيان أنها إذا كانت تحرض الناس على القتال أنها تقتل لما روي عن زيد بن حارثة «أنه قتل أم قِرفة وكانت ممن يحرض الناس على قتال رسول الله ﷺ»(٢).

---

(١) الحديث لم أجده في كتب الحديث التي بين يدي.

(٢) أخرجه ابن هشام في السيرة النبوية ٦/ ٢٨.

واستدل أيضاً لبيان أنها إذا أرادت قتل إنسان أنها تقتل لما روي عن عبد الرحمن أبي عروة قال: «أردفت امرأة خلفي فأرادت قتلي فقتلتها، فأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فأمر بها فدفنت»[(١)].

واستدل أيضاً لبيان أنها إذا كانت تعلن بشتم رسول الله ﷺ تقتل بما روى أن عمير بن عدي «سمع عصماء بنت مروان تؤذي النبي عليه السلام فقتلها ليلاً ومدحه رسول الله ﷺ على ذلك»[(٢)].

قال: ولا يقتل منهم الأعمىٰ ولا المقعد ولا المقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنىٰ خاصة، لأنه وقع الأمر عن قتالهم ومراده من هذا إذا كانوا لا يقاتلون بمال ولا رأي وقد بينا نظيره في الشيخ الفاني فأما أقطع اليد اليسرىٰ أو أقطع إحدىٰ الرجلين فهو ممن يقاتل، لأن مباشرة القتال في الغالب تكون باليد اليمنىٰ أما إذا كان صحيح اليد اليمنىٰ وهو على وجه يمكنه المشي كان من حملة المقاتلة فيقتل.

والأخرس والأصم والذي. . .[(٣)] ويعتق في حال إقامته يقتل، لأنه ممن يقاتل وله بينة صالحة للقتال واعتقاده يحمله على القتال فيقتل [١٧ب/ ٢] دفعاً لشره.

ولا بأس بأن يقتل الرجل من المسلمين كل ذي رحم محرم منه من المشركين يبتدئه به إلا الوالد والوالدة والأجداد من قبل الرجال والنساء والجدات، والأصل في ذلك كله قوله تعالىٰ: ﴿وَقَـٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾ [التوبة: ٣٦] من غير فصل بين القريب والأجنبي لو خلينا وظاهر هذه الآية لكنا نقول له أن يبتدىء بقتل الوالد والوالدة والأجداد والجدات إلا أنا تركنا ظاهر الآية في حق الوالد خاصة، لما روي أن «حنظلة بن أبي عامر استأذن من رسول الله ﷺ في قتل أبيه المشرك فلم يأذن له في قتله»[(٤)] «وعبد الله بن عبد الله بن أبي ابن سلول استأذن من رسول الله ﷺ في قتل أبيه عبد الله بن أبي ابن سلول فلم يأذن له، فقال يا رسول الله إنه ينال منك وأنا أستحيي، فقال: إذاً يقتله الله»[(٥)] وتركنا ظاهرها في حق الوالدين بقوله: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وليس من المصاحبة بالمعروف أن يبدأ بقتلهما، وقال الله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾ [الإسراء: ٢٣] فقد نهىٰ الولد عن تأفيف الوالدين والنهي عن تأفيفهما نهي عن الضرب، وما فوقه عن الجرح والقتل من طريق الأولى.

والنص الوارد في الوالدين يكون وارداً في الأجداد والجدات، لأن هؤلاء بمنزلة الآباء والأمهات ألا ترىٰ أنهم لا يقتلون بولد الولد ولا يحبسون بدينه كما لا يقتل الوالدان بالولد ولا يحبسان بدين الولد.

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٢) أخرجه ابن هشام في السيرة النبوية ٦/ ٣٠.

(٣) بياض بالأصل.

(٤) ذكره ابن حجر في الإصابة ٢/ ١٣٧.

(٥) أخرجه ابن حجر في فتح الباري ٨/ ٨٣٨، بلفظ: «لا تقتل أباك».

فأما النص الوارد في الوالدين لا يكون وارداً في حق من سوى هؤلاء من المحارم نحو الخال والأخ والأخت، لأن في حق هؤلاء نص آخر بخلافه، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَقَـٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾، [التوبة: ٣٦] ولأنه اجتمع في حق الأبوين حرمتان: حرمة القرابة، وحرمة الأبوة والأمومة، فإن للأب وللأم زيادة حرمة بسبب الأبوة والأمومة ليست بغيرهما ممن له قرابة محرمة للنكاح حتى لا يقتل الوالدين بالولد، ولا يحبسان بدينهما، وسائر القرابات يقتلون به ويحبسون بدينه، فالنص الوارد في حق الأبوين لا يعتبر وارداً في حق سائر القرابات فيعمل في حق سائر القرابات بظاهر قوله تعالى: ﴿وَقَـٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾ [التوبة: ٣٦] والدليل عليه أنه يجب على المسلم إحياء الوالد الكافر بالاتفاق، فيجب عليه إحياؤه بترك القتل ولا يجب على المسلم إحياء الأخ الكافر بالاتفاق، فلا يجب عليه الإحياء بترك القتل أيضاً.

قالوا: وهذا إذا لم يضطره الوالد إلى ذلك، فأما إذا اضطره إلى ذلك فلا بأس بقتله إذا لم يمكنه الهرب، وهذا لأن المأمور في حق الابن المسلم أن يصاحب والديه بالمعروف وأن لا يتعرض لهما بسوء ابتداء لا إهلاك نفسه، وفي تركه حتىٰ يقتله إهلاك نفسه معنىٰ فلا يخصم فيه ولأن الابن بقتل الأب في هذه الحالة يؤثر حياة نفسه على حياة أبيه وللابن ذلك، ألا ترى أن الرجل إذا كان مع ابنه في سفر فأصابهما عطش ومع الابن ما يكفي لأحدهما كان للابن أن يشربه وإن كان الأب يموت عطشاً، كذا هنا.

وإذا طعن الابن بأبيه في الصف لا ينبغي أن يقصده بالقتل، ولا ينبغي أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حرباً على المسلمين، ولكنه يلحقه إلى موضع ويستمسك له حتىٰ يجيء غيره فيقتله، روىٰ محمد رحمه الله في «السير الكبير»، حديثاً بهذه الصفة قال محمد رحمه الله: وهو أحب الينا.

الفصل الرابع
في بيان ما ينتهي به الأمر بالقتال

يجب أن تعلم أن الأمر بالقتال يستبين بالإسلام على ما قال عليه السلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتىٰ يقولوا لا إله إلا الله»[1] الحديث، وبقبول الجزية على ما قال الله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] فيحتاج إلى بيان ما يصير الكافر به مسلماً فإن من الأقوال والأفعال ما يصير الكافر به مسلماً، ومنها ما لا يصير الكافر به مسلماً، فلا بد من معرفة ذلك حتىٰ إذا أتي بكافر يعلم أن الأمر بالقتال هل انتهىٰ في حقه أو لم ينته وكذا يحتاج إلى بيان من يقبل منه الجزية من المشركين ومن لا يقبل، لأن الجزية لا تقبل من جميع الكفرة لما يبين بعد هذا إن شاء الله تعالىٰ، فلا بد من بيان ذلك ليعلم انتهاء الأمر

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

بالقتال في حق كل شخص بعينه إذا قبل الجزية.

أما بيان الأول قال القدوري في «كتابه»: الكفار على نوعين، منهم من يجحد الباري عزّ وجلّ، ومنهم من يقرُّ به إلا أنه ينكر وحدانيته كعبدة الأوثان، فمن أنكره إذا أقر به يحكم بإسلامه، من أقربه وجحد وحدانيته إذا أقر بوحدانيته بأن قال: لا إله إلا الله يحكم بإسلامه، والأصل فيه قوله عليه السلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله» فقد اقتصر رسول الله ﷺ على قولهم «لا إله إلا الله» ليصيروا لربهم مسلمين وللكف عن القتال، ولا شك بأن الإقرار برسالة محمد ﷺ شرط لصيرورة الكافر مسلماً، إنما اقتصر رسول الله عليه السلام على ذلك، لأنه ﷺ كان يقاتل عبدة الأوثان من العرب وهم كانوا يقرون بالله على ما قال الله تعالىٰ [١٨أ/ ٢]: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾ [الزخرف: ٨٧] ولكن كانوا ينكرون الوحدانية على ما قال الله تعالى: ﴿إِذَا قِيلَ لَهُمْ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا ٱللَّهُ يَسْتَكْبِرُونَ﴾ [الصافات: ٣٥] وقال الله تعالىٰ فيما أخبر عنهم: ﴿أَجَعَلَ ٱلْآلِهَةَ إِلَٰهًا وَٰحِدًا إِنَّ هَٰذَا لَشَيْءٌ عُجَابٌ﴾ [صٓ: ٥] فكان كفر ذلك القوم من حيث إنكار الوحدانية، فجعل رسول الله ﷺ الإقرار منهم بخلاف ما عرف من اعتقادهم دليل إسلامهم فصار هذا الحديث أصلاً لنا أن كل كافر أقر بخلاف ما كان معلوماً من اعتقاده أنه يحكم بإسلامه، وهذا لأنه لا طريق لنا إلى الوقوف على حقيقة الاعتقاد، فلا يبنىٰ الحكم عليه، وإنما يبنىٰ الحكم على ما يسمع منه، فإذا أقر بخلاف ما هو معلوم من اعتقاده استدللنا به على أنه بدل اعتقاده، فيحكم بإسلامه، ومن أقر بوحدانية الله تعالىٰ وجحد رسالة محمد ﷺ، فإذا أقر برسالته يحكم بإسلامه، لأن كفره كان من حيث إنكار رسالته وقد أظهر خلاف ما عرف من اعتقاده.

وأما الكتابي نحو اليهودي والنصراني فقد قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: إن إسلامهم في زمن رسول الله كان يثبت بشهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وهم كانوا ينكرون رسالة رسول الله ﷺ، فكان الإقرار برسالته دليل الإسلام في حقهم، واستدل عليه بما روي «أن رسول الله ﷺ دخل على جاره اليهودي يعوده فقال له: اشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً سول الله، فنظر اليهودي إلى أبيه، فقال له أبوه: أجب أبا القاسم، فشهد بذلك ومات، فقال عليه السلام: الحمد لله الذي أعتق لي نسمة من النار، ثم قال لأصحابه: لوا أخاكم قال ثمة»(١).

فأما اليوم ببلاد العراق يريد محمد بقوله اليوم: ما إذا قال اليهودي أو النصراني أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله لا يحكم بإسلامه ما لم يقل: تبرأت عن ديني ودخلت في دين الإسلام، وهذا لأن اليهود بالعراق في زمن محمد رحمه الله كانوا فرقاً منهم من يجحد رسالة محمد ﷺ، ومنهم من يقر برسالته، إلا أنه لم يبعث بعد وإنما يبعث في آخر الزمان، ومنهم من يقر برسالته وبعثه إلا أنه يقول: إنه

---

(١) أخرجه البخاري في الجنائز حديث ١٣٥٦، وأبو داود في الجنائز حديث ٣٠٩٥.

رسول إلى العجم لا إلى بني إسرائيل، ويتمسكون بقوله تعالىٰ: ﴿هُوَ ٱلَّذِى بَعَثَ فِى ٱلۡأُمِّيِّـۧنَ رَسُولًا﴾ [الجمعة: ٢] فمن يقر منهم برسالته إذا قال: أشهد أن محمداً رسول الله لا يكون مسلماً حتىٰ يتبرأ من دينه مع ذلك، ويقر بأنه دخل في الإسلام، لأنه يجوز أن يؤول إقراره، أنه رسول إلى العجم لا إلى بني إسرائيل.

وإنما شرط محمد رحمة الله عليه التبري عن دينهم إقرارهم بدخولهم في الإسلام، لأن اليهودي قد يتبرأ من اليهودية ويدخل في النصرانية أو في المجوسية، فيجوز أنه تبرأ عن اليهودية لدخوله في النصرانية لا في الإسلام، وإليه أشار محمد رحمه الله في «السير الكبير» حيث قال: لأنهم قد يريدون بذلك الدخول في النصرانية فلا يحكم بإسلامهم ما لم يقروا بالدخول بالإسلام.

وكذا لو قال: برئت من ديني وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، أنه يصير مسلماً، وقال أبو يوسف: إذا كان شهادة الكتابي برسالة محمد ﷺ جواباً كان دخولاً في الإسلام، وعن بعض مشايخنا إذا قيل لنصراني: أمحمد رسول بحق، قال: نعم، إنه لا يصير مسلماً، وهو صحيح، لأنه يمكنه أن يؤول فيقول إنه رسول بحق إلى العجم لا إلى بني إسرائيل فلذلك إذا قيل له: أمحمد رسول الله بحق إلى العرب والعجم، فقال نعم، لا يصير مسلماً، لأنه يمكنه أن يقول: هو رسول إلى العرب والعجم في الماضين، لا في الباقين.

ووقعت في زماننا أنه قيل لنصراني أدين الإسلام حق؟ فقال: نعم فقيل له أدين النصرانية باطل؟ قال: نعم، فأفتىٰ بعض المفتين بأنه لا يصير مسلماً وأفتىٰ بَعْضهم أنه يصير مسلماً، لأنه لما أقر بحقية الإسلام، فكأنه أقر بدخوله في الإسلام، ولما أقر ببطلان دين النصرانية فكأنه تبرأ عنها.

ولو قال: تبرأت عن النصرانية ودخلت في الإسلام، أليس إنه يصير مسلماً، كذا هنا فإن قيل: يجب أن لا يحكم بإسلام اليهودي والنصراني وإن أقر برسالة محمد ﷺ وتبرأ عن دينه ودخل في الإسلام ما لم يؤمن بالله وكتبه ورسوله ويقر بالبعث وبالقدر خيره وشره من الله، فإن هذا من شرائط الإسلام، ألا ترى أنه ذكر في حديث جبريل صلوات الله عليه حين سأله النبي ﷺ عن الإيمان «فقال: أن يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله تعالىٰ» ولهذا قال النبي عليه السلام: «جاءكم أخوكم جبريل صلوات الله عليه ليعلمكم معالم دينكم»[1] قلنا: الإقرار بهذه الأشياء إن لم يوجد نصاً فقد يوجد دلالة، لأنه لما أقر بدخوله في الإسلام فقد التزم جميع ما كان شرطاً بصحة الإسلام، وآمن بجميع ما أخبر إليه النبي في القرآن، والإسلام كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة.

(١) أخرجه البخاري في الإيمان حديث ٥٠، ومسلم في الإيمان حديث ٨، وأبو داود في السنة حديث ٤٦٩٥، والترمذي في الإيمان حديث ٢٦١٠، والنسائي في الإيمان حديث ٤٩٩٠، وابن ماجه في المقدمة حديث ٦٣.

قال: وإذا قال اليهودي والنصراني: أنا مسلم، وقال: أسلمت لا يحكم بإسلامه، لأنهم يدعون ذلك لأنفسهم، فإن المسلم هو المستسلم للحق المنقاد له، وهم يزعمون أن [١٨ب/ ٢] الحق ما هم عليه، فلا يكون مطلق هذا اللفظ دليل الإسلام في حقه، وكذلك إذا قال: أنا على دين الحنيفية، لا يصير مسلماً، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه اليهودي أو النصراني إذا قال: أنا مسلم أو قال أسلمت سئل أي شيء أردت بذلك، فإن قال: أردت بقولي أسلمت ترك دين النصراني واليهودي والدخول في دين الإسلام كان مسلماً، فإن رجع بعد ذلك كان مرتداً، وإن قال أردت بقولي: أسلمت، أني على الحق، ولم أرد بذلك رجوعاً عن ديني لم يكن مسلماً لما بينا.

وفي «مجموع النوازل»: إذا قال الذمي لمسلم: أنا مسلم مثلك يصير مسلماً، وقال محمد بن مقاتل سمعت محمداً رحمه الله يقول: إذا قال الذمي: أسلمت، فهو مسلم، وهكذا قول غيره من العلماء. قال: وفي «الأجناس» إذا قال المشرك: أنا مسلم، وهو ممن لا يقول كلمة الشهادة كعبدة الأوثان فهو عندنا مسلم.

ولو قال: قلت هذه الكلمة تعوذاً حتىٰ لا تقتلني لا يقبل منه، وكان دليلاً على إسلامه وفي «الروضة»: إذا قال الكافر آمنت بما آمنت به الرسل كان مسلماً.

كالحربي الذي ليس من أهل الكتاب إذا قال لا إله إلا الله محمد رسوله. وفي «مجموع النوازل»: مسلم قال لكافر أسلم فقال الكافر: اللّهُ واحدٌ يصير مسلماً، وتأويله إذا كان كافراً لا يقر بالوحدانية، ولو لم يقل هكذا لكن قال للمسلم دينك حق، لا يصير مسلماً.

وقال القاضي علي السغدي رحمه الله: يصير مسلماً إلا إذا قرن بقوله «دينك حق» «لكن لا أومن به». وفي «نوادر ابن رستم»: إذا قال المجوسي في مرضه: برئت من الشرك، أو قال حجوا عني، أو قال: حجوا عني حجة الإسلام لا يصير مسلماً.

ولو قال المجوسي: أسلمت أو أنا مسلم يحكم بإسلامه لأنهم لا يدعون هذا الوصف لأنفسهم ويعدونه شتيمة يشتم الواحد منهم به ولده فيقول يا مسلمان قال: فيكون ذلك دليل الإسلام في حقه.

هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله، وذكر علي السغدي في «شرح كتاب السير»: أن المجوسي إذا قال: لا إله إلا الله محمد رسول الله، يحكم بإسلامه، لأنه ينكر رسالة محمد، فإذا أقر به فقد أقر بخلاف ما عرف من اعتقاده، فيدل ذلك على إسلامه وعلى قول هذا التعليل، لو قال محمد رسول الله ولم يقل لا إله إلا الله يصير مسلماً.

وفي «مجموع النوازل»: إذا قال المجوسي: صلى الله على محمد، لا يصير مسلماً، لأنه لم يشهد على رسالته.

وقال بعض مشايخنا إذا قال اليهودي أو النصراني: دخلت في الإسلام يحكم بإسلامه وإن لم يتبرأ مما كان عليه، لأن في لفظه ما يدل على دخول حادث منه في

الإسلام وذلك عبر ما كان عليه، فيتضمن هذا اللفظ التبري مما كان عليه.

وإذا صلى الكتابي أو أحد من أهل الشرك في جماعة حكم بإسلامه، عندنا، وإن صلى وحده فعلىٰ قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يحكم بإسلامه، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يحكم، فمن مشايخنا من قال: لا خلاف في الحقيقة، فإن لما ذكره أبو حنيفة تأويل: إذا صلى وحده بغير أذان وإقامة، وعند ذلك لا يحكم بإسلامه بالاتفاق، فلأن الصلاة وحده بغير أذان وإقامة من الشرائع المختصة بشريعة محمد عليه السلام، وتأويل ما قالا إذا صلى وحده بأذان وإقامة وعند ذلك يحكم بإسلامه بلا خلاف، لأن الأذان والإقامة من الشرائع المختصة بشريعة محمد عليه السلام.

وروىٰ داود بن رشيد[1] عن محمد رحمه الله أنه إذا صلىٰ وحده واستقبل قبلتنا كان مسلماً، قال عليه السلام: «من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا فله ما لنا وعليه ما علينا»[2].

وفي «الأجناس»: إذا شهدوا بأنا رأيناه يصلي سنة ولم يقولوا: بجماعة، فقال: صليت صلاتي لا يكون إسلاماً حتىٰ يقولوا: صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا.

وعن داود بن رشيد: لو شهد شاهد فقال: رأيته يصلي في مسجد كذا لم يقتل ويجبر على الإسلام، لأن الاتفاق في فعل الصلاة قد وجد، وهذا الاتفاق على كونه مسلماً، إلا أنهما لم يجتمعا على فعل واحد من حيث الصورة فاعتبرناه شبهة في إسقاط القتل.

وأما إذا صام أو أدى الزكاة أو حج لم يحكم بإسلامه في «ظاهر الرواية»، وفي «نوادر داود بن رشيد» عن محمد: إذ حج البيت على الوجه الذي يفعله المسلمون يحكم بإسلامه، لأنه ظهر منه فعل يختص به فيجعل ذلك دليل إسلامه.

وفي «الأجناس» للناطفي: إذا رأوه تهيأ للإحرام ولبىٰ وشهد المناسك مع المسلمين كان مسلماً، لأن هذه العبادة على هذه الهيأة، مختص بشريعتنا فصار كالصلاة بجماعة.

ولو شهدوا أنهم سمعوه يلبي ولم يشهد المناسك، أو شهدوا أنه شهد المناسك ولم يلب، أو شهدوا أنه لبىٰ وشهد المناسك لم يصر بذلك [١٩أ/ ٢] مسلماً، لأن العبادة لم تكمل فلا بد من وجود العبادة على أكمل الوجوه، ليظهر الاختصاص بهذه الشريعة، فيحكم بإسلامه.

وقال داود بن رشيد: إذا شهدوا أنه مؤذن جعلته مسلماً، ولو قالوا صحبنا إلى مصر كذا وكان يؤذننا، قال محمد رحمه الله جعلناه مسلماً.

قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: إذا حمل مسلم على مشرك ليقتله فلما رهقه

---

(١) هو أبو الفضل داود بن رشيد بن محمد الخوارزمي ثم البغدادي الحنفي، من أصحاب محمد بن الحسن، توفي سنة ٢٣٩هـ، من تصانيفه «كتاب النوادر» في الفقه. (كشف الظنون ٥/ ٣٥٩، شذرات الذهب ٢/ ٩١، الفوائد البهية ص ٧٢، الجواهر المضية ٢/ ١٨٦).

(٢) أخرجه البخاري في الصلاة حديث ٣٩١، والنسائي في الإيمان حديث ٤٩٩٧.

قال: أشهد أن لا إله إلا الله، فإن كان الكافر من قوم هذا فعلىٰ المسلم أن يكف عنه، لأنه سمع منه ما هو دليل إيمانه، فإن أخذه وجاء به إلى الإمام فهو حر مسلم إن كان تكلم بكلمة التوحيد قبل أن يقهره المسلم، لأن الإسلام قبل القهر يعصمه عن الاسترقاق كما يعصمه عن القتل، وإن قال بعد ما قهره فهو في ذلك لا يقتل، لأن الإسلام بعد القهر يعصمه عن القتل لا عن الاسترقاق، فإن قال: ما أردت الإسلام إنما أردت الدخول في اليهودية أو أردت التعوذ لئلا يقتلني لم يلتفت إلى قوله، لأن الظاهر أنه قصد إجابة المسلم إلى ما طلب منه، والمسلم إنما طلب منه الإسلام لا الدخول في اليهودية.

ولو كان حين قال: لا إله إلا الله كف عنه فأفلَتَ ولحق بالمشركين ثم عاد يقاتل فحمل علَيه الرجل فلما رهقه قال: لا إله إلا الله، فإن كان له فئة يلجأ إليها فلا بأس بأن يقتله، لأنه الآن بمنزلة الباغي المقاتل مع المسلمين في فئة ومثله يقتل، وإن كان مسلماً وإن لم يكن له فئة، فإن كان تفرق جمعهم فلا ينبغي له أن يقتله، وكذلك لو كان أسره، فإن كانت الفئة على حالها، فلا بأس بأن يقتله، وإن تفرقت الفئة فليس له أن يقتله ولكنه يؤدبه على ما صنع. وإن كان هذا الرجل ممن يقول: لا إله إلا الله ولا يؤمن برسالة محمد صلى الله عليه وآله وسلم وباقي المسألة بحالها، فلا بأس بأن يقتله، وإن تكلم بهذه الكلمة «لا» هذا ليس بدليل الإسلام في حقه.

وإن قال: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده رسوله فعليه أن يكف عنه، لأن هذا دليل إسلامه وإذا أكره على الإسلام فأسلم صح إسلامه استحساناً.

وفي كتاب «الارتداد» للحسن: أن إسلام المكره ليس بإسلام.

وفي «نوادر ابن رستم»: أن إسلام السكران إسلام.

فأما بيان الثاني، فنقول: الكفار أصناف:

صنف لا يجوز أخذ الجزية منهم ولا إعطاء الذمة لهم وهم المشركون من العرب ممن لا كتاب لهم، نحو عبدة الأوثان والأصنام، فإذا ظهرنا عليهم لا يقبل من رجالهم إلا السيف أو الإسلام ونساؤهم وصبيانهم فيء، والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح: ١٦] قيل نزلت الآية في مشركي العرب الذين كان بينهم وبين رسول الله عهد، وقال الله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥] قيل نزلت في مشركي العرب الذين كان بينهم وبين رسول الله عهد، وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «لا يقبل من مشرك العرب إلا السيف أو الإسلام»[١]، فأما نساؤهم وصبيانهم فقد عرف ذلك «بفعل رسول الله ﷺ في ذراري أوطاس وهوازن»[٢] وقسمها بين الغانمين.

وصنف يجوز أخذ الجزية منهم بالإجماع، وهم أهل الكتاب من اليهود والنصارىٰ

---

(١) الأثر لم أجده فيما بين يدي من كتب الحديث.

(٢) انظر البداية والنهاية لابن كثير ٨/ ٣٤٧ ـ ٣٧١ (غزوة هوازن يوم حنين، وسرية أوطاس).

من العرب وغيره. والأصل فيه: قوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] من غير فصل بين العرب وغيره.

وعن النبي عليه السلام «أنه صالح بني نجران من نصارىٰ العرب على ألف ومائتي حلة في كل سنة»(١) وعن عمر رضي الله عنه: «أنه طلب الخراج من بني تغلب وهم نصارىٰ من العرب»(٢). وإن ظفرنا عليهم قبل أن نعطيهم ذلك فهم فيء كلهم رجالهم ونساءهم وصبيانهم وكذلك يجوز أخذ الجزية من المجوس بالإجماع عربياً كان أو غير عربي، فقد صح أن رسول الله عليه السلام «وضع الجزية على مجوس هجر»(٣).

وأما الصنف الذي اختلفوا في جواز أخذ الجزية منهم، فهم قوم من المشركين غير العرب وغير أهل الكتاب والمجوس ويجوز أخذ الجزية منهم عندنا، خلافاً للشافعي رضي الله عنه.

الفصل الخامس
في بيان من يجوز له الخروج إلى الجهاد من غير كراهة ومن لا يجوز

خروج الرجل بغير إذن الوالدين إلى الجهاد، وخروج العبد بغير إذن المولىٰ، يأتي في كتاب الاستحسان إن شاء الله تعالىٰ.

وأما خروج النساء فقد قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: لا يعجبنا أن تقاتل النساء المسلمات مع الرجال، إلا أن يضطر المسلمون إلى ذلك، قال على هذا جرى التوارث من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، فإنه لم ينقل إلينا أن النسوة كن يخرجن إلى الجهاد للقتال وبعده ولو كن يخرجن لنقل ذلك إلينا كما نقل خروج الرجال وتوارث الأمة من أقوى الحجج.

والمعنىٰ أن المرأة الحرة عورة من فرقها إلى قدمها فلو أبيح لهن الخروج لا بد وأن ينكشف شيء من عورتها عند المسابقة، وستر عورتها عن الأجانب فرض عين والجهاد قبل مجيء النفير فرض كفاية [١٩ب/ ٢]، ولا يجوز إقامة فرض الكفاية إذا تضمنت فوات فرض العين، ولأنه يخاف الفتنة في خروجهن.

فإن اضطر المسلمون إلى ذلك بأن جاء النفير العام، وكان في خروجهن حاجة وضرورة فلا بأس بخروجهن للقتال، ولهن أن يخرجن في هذه الحالة من غير إذن آبائهن وأزواجهن، وليس لهم منعهن عن الخروج، والموت بالمنع عن الخروج لأن القتال في

(١) أخرجه أبو داود في الخراج حديث ٣٠٤١.
(٢) أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ١١٥٠٧.
(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦/ ٦٨، والزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٤٨.

هذه الحالة فرض عين وليس لهم حق المنع عما هو فرض عين.

واستدل محمد رحمه الله في «الكتاب» بما روي «أن أم سليم بنت ملحان قاتلت بين يدي رسول الله ﷺ يوم خيبر بعدما انهزم المسلمون»[١] وجوز لها رسول الله عليه السلام ذلك لما كانت الحالة حالة الضرورة، وقال عليه السلام في حق نسيبة بنت كعب ـ ويروى سمية ـ يوم أحد: «مقام نسيبة خير من مقام فلان»[٢] سمى جماعة من الذين فروا، وكان النفير عاماً، وكذلك إذا لم يضطر المسلمون إلى خروجهن، ولكن أمكنهن القتال من بعيد من حيث الذمي فلا بأس بذلك.

فقد صح «أن صفية بنت عبد المطلب قتلت يهودياً يوم الخندق رماها بحجر واستحسن ذلك منها رسول الله عليه السلام»[٣]، ولا يخرج الشواب لمداواة الجرحىٰ ولسقي الماء والطبخ والخبز، لأجل الغزاة لما كان من الفتنة في خروجهن.

وأما العجائز اللاتي دخلن في السن فلا بأس بأن يخرجن في الصوائف ونحوها من الجنود العظام، يداوين الجرحىٰ ويستقين الماء ويخبزن ويطحن، ولكن لا تقاتلن، لأن العجوز تشبه الرجل من وجه من حيث إنها لا تشتهىٰ وتصافح الرجال وتخرج إلى الجماعة، وتشبه المرأة الشابة من حيث إنها لا يخلو بها رجل فلا يجوز لها أن تسافر من غير محرم، فلشبهها بالرجال قلنا بأنها تخرج لمداواة الجرحىٰ وللطبخ والخبز، ولشبهها بالمرأة والشابة قلنا بأنها لا تقاتل عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

والجواب في الصبي المراهق الذي لم يبلغ إذا أطاق القتال كالجواب في البالغ قبل مجيء النفير لا يخرج إلا بإذن الأبوين، وبعد مجيء النفير يخرج بغير إذنهما وسيأتي فصل البالغ في كتاب الاستحسان إن شاء الله تعالىٰ.

ولا يأثم الأب بإذنه وإن كان يعلم أنه ربما يقتل في ذلك كالبالغ، وهذا لأن قصد الأب تهذيبه وتعليمه لا إتلافه، ألا ترى أنه يعلمه السباحة وإن كان يتلف من ذلك، وأقرب من هذا وأظهر الختان، فإن الأب أمر بختان الصبي، وإن كان قد يتلف من ذلك فههنا كذلك.

هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب «السير».

وذكر ركن الإسلام علي السغدي في شرح «السير»: أن الأب إذا كان لا يخاف على الصبي نحو أن يرمىٰ بالحجر من فوق الحصن، أو بالنبل والنشاب، فله أن يأذن له في القتال، وإن كان يخاف عليه بأن كان يخرج للبراز ليس له أن يأذن له في القتال.

وإذا أراد المديون أن يغزو وصاحب الدين غائب، فإن كان عنده وفاء ما عليه من الدين فلا بأس بأن يغزوا، ويوصي إلى رجل ليقضي دينه من تركته إن حدث به حدث،

---

(١) رواه ابن حجر في الإصابة ترجمة رقم ١٢٠٧٢، ترجمة أم سليم.

(٢) رواه ابن حجر في الإصابة ترجمة رقم ١٢١٧٨، ترجمة أم عمارة.

(٣) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/ ١١٥، والمتقي الهندي في كنز العمال ٣٧٦٠٥.

لأن حق صاحب الدين في حبس دينه من مال المديون. لا في نفس المديون، وهذا الخروج لا يفوت عليه الحق، لأن المديون فرض إلى غيره قضاء حقه، وإقامة مقام نفسه في ذلك فمتىٰ حضر رب الدين أخذ دينه من الوصي على الوجه الذي كان يأخذه من المديون.

قال محمد رحمه الله أرأيت لو استقرض مالاً فكان في يده ذلك حتىٰ بدا له أن يغزو لم يكن له أن يوصي إلى غيره ليرده على صاحبه إذا حضر ويغزو.

لا شك بأنه يكون له ذلك وقال أيضاً أرأيت لو أراد أن يخرج لسفر التجارة والحج مع قيام الدين عليه ولم يكن في سفره تفويت حق رب الدين، ألم يكن له ذلك؟ لا شك أن له ذلك، وإن لم يكن عنده وفاء بالدين فالأولى أن يقيم فيتحمل لقضاء دينه، لأن قضاء الدين مستحق عليه بعينه، والغزو إذا لم يصر النفير عاماً غير مستحق عليه بعينه.

فإن غزا مع ذلك بغير إذن رب الدين فذلك مكروه بمنزلة من خرج للحج ولم يدع لعياله ما يكفيهم، بل أولىٰ، لأن نفقة العيال تجب شيئاً فشيئاً، وقضاء الدين واجب في الحال.

فإن أذن له صاحب الدين في الغزو ولم يبرئه من المال فالمستحب له أيضاً أن يتحمل بقضاء الدين، لأن بإذنه له في الخروج لم يسقط عنه شيء من الدين والأولىٰ له أن ينظر لنفسه ويبدأ بما هو الأوجب. وإن غدا في هذه الحالة لم يكن به بأس، لأن المنع عن الخروج لحق صاحب الدين، وقد رضي بسقوط حقه فلا بأس بأن يخرج، كالعبد يأذن له مولاه في الجمعة.

ولذلك لو كان الدين مؤجلاً وهو يعلم بطريق الظاهر أنه يرجع قبل أن يحل الدين فالأفضل له أن يتمهل بقضاء الدين. وإن خرج لم يكن به بأس لأنه ليس لصاحب الدين حق في منعه قبل حلول [٢٠أ/ ٢] الأجل، فإن ذلك يبتني على توجه المطالبة له بقضاء الدين، وذلك لا يكون مع بقاء الأجل فهو والمأذون للخروج سواء.

واستدلّ محمد رَحِمَهُ الله عَلىٰ أنّ المقام له أفضل بما قال النبي عليه السلام في القتل في سبيل الله: «إنه كفارة»، ثم قال: «إلا الدين فإنه مأخوذ به»[١] كما قال جبريل صلوات الله عليه.

وإن كان أحال غريمه على رجل آخر فإن كان للمحيل على المحتال عليه قبل ذلك المال فلا بأس بأن يغزو، لأن ذمته برئت بالحوالة عن حق المحتال له، وليس للمحتال عليه إذا أدىٰ حق الرجوع عليه بشيء.

وإن لم يكن للمحيل على المحتال عليه مثل ذلك المال فالمستحب له أن يخرج، لأنه وإن برىء من دين المحتال له فذمته مشغولة لحق المحتال عليه، على معنى أنه إذا أدى يثبت له حق الرجوع عليه، فإن أذن له المحتال عليه في الخروج، ولم يأذن له

(١) أخرجه بنحوه مسلم في الإمارة حديث ١٨٨٦.

المحتال له فلا بأس بأن يخرج، لأنه فرغ عن حق المحتال له، وإنما بقي الشغل بينه وبين المحتال عليه فيعتبر إذنه في حقه، وإن كان لم يحل غريمه ولكن ضمن عنه تغريمه رجل المال بغير أمره. على أن أبرأ غريمه المديون فلا بأس بأن يغزوا ولا يسافر واحد منهما، لأنه قد بريء من حق المطالب بالإبراء ولا رجوع للضامن عليه بشيء حيث ضمن بغير أمره ولو كان كفل عنه بالدين كفيل بأمره وليس بشرط بداية، فليس له أن يخرج حتىٰ يستأمر الأصيل والكفيل، لأنه مطلوب من جهة كل واحد منهما، فإن الأصيل يطالبه بالدين والكفيل يطالبه بأن يحصله مما أدخله فيه من الضمان.

وإن كانت الكفالة بغير أمره فعليه أن يستأمر الطالب بقاء حقه في المطالبة بالدين قبله وليس عليه شيء أن يستأمر الكفيل، لأنه لا رجوع للكفيل عليه لشيء هنا وكذلك الكفالة في النفس إن كان كفيل بنفسه أو بأمره فليس ينبغي له أن يغزو إلا بأمر الكفيل، لأنه مطلوب من جهته بالحضور معه ليخلص مما أدخله فيه.

وإن كان كفل بغير أمره فلا بأس بأن يخرج فلا يستأمر الكفيل، لأنه غير مطلوب من جهة. . .

وإن كان المديون مفلساً وهو لا يقدر أن يتمهل لدينه إلا بالخروج في التجارة مع الغزاة في دار الحرب فلا بأس بأن يخرج فلا يستأمر صاحبه، لأن مقصوده هنا التمهل بقضاء الدين وهو المستحق عليه بعينه.

وإن قال أخرج للقتال لعلي أحصل ما أقضي به ديني من النفل أو السهام، لم يعجبني أن يخرج إلا بإذن صاحب الدين، لأن في القتال تعريض نفسه للموت، وليس في الخروج للتجارة معنىٰ تعريض النفس للموت.

وهذا كله إذا لم يكن النفير عاماً، فأما إذا كان النفير عاماً فلا بأس للمديون أن يخرج سواء كان عنده وفاء أو لم يكن، أذن له صاحب الدين في ذلك أو منعه عنه، لأن الخروج هنا فرض عين على كل من قدر عليه، وهو مما لا يحتمل التأخر، وقضاء الدين يحتمل التأخر والضرر في ترك الخروج أعظم من الضرر في الامتناع عن قضاء الدين لأن ذلك الضرر يرجع إلى كافة المسلمين فليس لصاحب الدين حق المنع هنا فلا يكون على المديون استئخاره أيضاً.

فإذا انتهىٰ إلى الموضع الذي استنفر إليه المسلمون، فإن كان لا يخاف على المسلمين فيه فلا ينبغي له أن يقاتل إلا بإذن غريمه، لأن في القتال تعريض نفسه للهلاك، وليس له وفاء بالدين، فكان في اشتغاله به تعريض حق صاحب الدين للهلاك فلا يستحب له ذلك إلا بإذن صاحب الدين.

الفصل السادس
في إدخال الغزاة النساء مع أنفسهم دار الحرب وفي إدخال المصاحف وفي إيجاد أهل الثغور النساء وإمساكهن آباءهن والذراري في الثغور

وإذا أراد الغازي أن يدخل امرأته مع نفسه في أرض الحرب أو جاريته فإن كان يدخله في سرية أو جريدة خيل فذلك مكروه، سواء كان الإدخال لمنافع المسلمين من القيام على المرضىٰ ومداواة الجرحىٰ وسقي الماء أو كان الإدخال للمباضعة، وسواء كانت المرأة عجوزاً أو شابة.

وأما إدخالهم في العساكر العظام إن كن شواباً مكروه سواء كان الإدخال لمنافع المسلمين أو للمباضعة، وإن كن عجائز فلا بأس بإدخالهن لمنافع المسلمين.

وأما إدخالهن للمباضعة إن كان الرجل يقدر على إخراجها إلى دار الإسلام إذا وقعت الهزيمة على المسلمين في دار الحرب إما بقوة نفسه أو بقوة من معه من العلماء والدواب، ولا تشغله عن القتال، ولا عن شيء من أموره فلا بأس بإدخالها، الحرائر والإماء في ذلك على السواء.

وإن كان لا يقدر على إخراجها لو وقعت هزيمة على المسلمين أو كانت تشغله عن القتال أو عن شيء من أموره فهو مكروه.

ولا بأس بإدخال المصحف أرض العدو لقراءة القرآن في العساكر العظام فأما السرية [٢٠ب/ ٢] التي تدخل إليهم للغنيمة أو جريدة خيل فإنه يكره لأحدهم أن يدخل بالمصحف إلى بلادهم، وهذا لأن الغازي قد يحتاج إلى المصحف لقراءة القرآن بأن كان لا يحسن القراءة عن ظهر قلب أو ليتبرك به، أو ليستنصر به، فالقرآن حبل الله المتين من اعتصم به نجا إلا أنه منهي عن تعريض المصحف لاستخفاف العدو به. ولهذا قلنا إن الكافر إذا اشترىٰ أو كتب مصحفاً يجبر على بيعه فإنما يجبر على بيعه كيلا يستخف به.

إذا ثبت هذا فنقول: إدخال المصحف أرض الحرب في العساكر العظام ليس بتعريض للمصحف لاستخفاف العدو به، لأن العسكر إذا كان عظيماً، فالظاهر أنهم يغلبون ولا يغلبون، فكان إدخال المصحف دار الحرب في العساكر العظام كإدخاله بلدة أخرىٰ من بلاد المسلمين.

وأما إدخال المصحف أرض الحرب في سرية أو جريدة خيل تعريض للمصحف لاستخفاف العدو به، لأن السرية في الغالب يغلبون.

والذي روي «أن النبي ﷺ نهىٰ أن يسافر بالقرآن في أرض الحرب»[1]، فتأويله إذا

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد حديث ٢٩٩٠، ومسلم في الإمارة حديث ١٨٦٩، وأبو داود في الجهاد حديث ٢٦١٠، وابن ماجه في الجهاد حديث ٢٨٧٩.

أراد الرجل أن يسافر به في سرية أو جريدة خيل، هكذا ذكر محمد رحمه الله في السير.

وذكر الطحاوي رحمه الله: أن هذا النهي كان في ذلك الوقت، لأن المصاحف لم تكثر في أيدي المسلمين، فكان لا يؤمن إذا وقعت المصاحف في أيدي العدو أن يفوت شيء من القرآن من أيدي المسلمين، أو يغيرون بعض ما في المصاحف مما يعلمون أنه لم يبق بأيدي المسلمين، ويؤمن من مثله في زماننا لكثرة المصاحف وكثرة القرأة.

قال الطحاوي: ولو وقع مصحف في أيديهم لم يستخفوا به، لأنهم وإن كانوا لا يقرون بأنه كلام الله تعالىٰ يقرون بأنه أفصح الكلام بأوجز العبارات وأبلغ المعاني، فلا يستخفون به كما لا يستخفون بسائر الكتب، ولكن ما ذكر محمد رحمه الله أصح، فإنهم يفعلون ذلك مغايظة للمسلمين.

وقد ظهر ذلك من القرامطة حين ظهروا على مكة جعلوا يستخفون بالمصاحف إلى أن قطع الله دابرهم والحمد لله رب العالمين.

وإذا دخل الرجل أرض الحرب بأمان فلا بأس بأن يدخل المصحف مع نفسه إذا كانوا قوماً عرفوا أنهم يفون بالعهد، لأنهم إذا كانوا يفون بالعهد لا يتعرضون لما في أيدي المستأمن، فلا يصير إدخاله المصحف في أرض العدو سبباً للوقوع في أيديهم، وإن كانوا قوماً لا يؤمن من غدرهم لا ينبغي له أن يدخل المصحف مع نفسه دارهم، لأنه ربما يصير سبباً للوقوع في أيديهم، وإنه مما يؤدي إلى الاستخفاف بالمصاحف.

قال محمد رحمه الله في الثغور التي تلي أرض العدو: ولا بأس بأن يتخذوا فيها النساء، وأن يكون لهم فيها الذراري، وإن لم يكن بين ذلك الثغور وبين أرض العدو وأرض المسلمين إذا كان الرجال الذين فيها يقدرون على دفع العدو عن أنفسهم وعن نسائهم وعن ذراريهم أو إن كانوا لا يقدرون على دفع العدو ويقدرون على إخراج من معهم من النساء إلى مأمنهم من أرض المسلمين.

وإن كان بخلاف ذلك فلا ينبغي لهم أن يتخذوا فيها النساء والذراري. وهذا لأن المسلمين يدنوا إلى المقام في الثغور ليكونوا رصداً لمن وراءهم من أهل الإسلام، وليمنعوا العدو عن الدخول في دار الإسلام، والتعدي بأهله، وإذا لم يكن لهم فيها النساء والذرية يشق عليهم المقام ثمة، لأنه يلزمهم القيام بجميع المصالح بأنفسهم وفيه حرج، ولأنه يلزمهم الامتناع عن اقتضاء الشهوة، وإن صعب فيضجرون ويتفرقون فلا يحصل المقصود، ولأنه إذا لم يكن فيها النساء والذرية ولم يقم فيها إلا الحراب على أهلها ويجري عليهم عدوهم فأما إذا كان فيهم النساء والذرية يكثرون بمرور الزمان، وتصير تلك الثغور أمصاراً.

فقضية هذا أن يكون لهم ولاية اتخاذ النساءِ والذراري على كل حال إلا أنه إذا لم يكن للرجال الذين يستكثرون الثغر قوة دفع العدو عن أنفسهم وعن نسائهم، ولم يكن لهم قوة إخراجهم إلى دار الإسلام فقد عارض هذا الدليل دليل آخر أقوىٰ فإن اتخاذ النساء والذراري والحالة هذه تعريض لهم على السبي، وصيانتهم عن السبي واجب ما أمكن،

فلا معارضة فيما إذا كان للرجال الذين يسكنون الثغر قوة دفع العدو أو قوة إخراج النساء إلى دار الإسلام فيعمل بالدليل الذي ذكرنا.

وإن كان هؤلاء الرجال لا يقدرون على الدفع بأنفسهم ولكن إذا استعانوا بالمسلمين ولحقهم الغوث منهم دفعوا بهم العدو، فإنه لا ينبغي لهم أن يتخذوا النساء والذراري فيها لأن لحوق الغوث بهم للدفع موهوم لأن المسلمين ربما يكونوا مشتغلين بعضهم ببعض فإن وقعت بينهم فتنة أو معصية [٢١أ/ ٢] فمنعهم ذلك عن إعانتهم إذا استعانوا فاتخاذ النساء والحالة هذه يكون تعريضاً لهن على السبي، وإنه لا يجوز.

الفصل السابع
في الفرار من الزحف

قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: لا أحب لرجل من المسلمين به قوة القتال أن يفر من رجلين من المشركين، ولا بأس بأن يفر من ثلاثة وأكثر من ذلك. والأصل في ذلك قول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ﴾ [الأنفال: ١٦] الآية أي استحق انتقام الله، قوله: ﴿إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ﴾ [الأنفال: ١٦] أي: مائل إلى جانب آخر هو لنفسه أحصن وهو فيه من عدوه أمكن، وقوله: ﴿مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ﴾، أي: منضماً إلى جماعة يمتنع، لأنه حين لم يطق مقاومة الكفار ليقتل معهم معاوداً لقتالهم.

فمعنى الآية النهي عن الانهزام بين يدي الكفار إلا أن يكون مائلاً إلى جانب هو من عدوه فيه أمكن أو منضماً إلى جماعة يعودون للقتال فإذا انهزم ناوياً الميل إلى جانب هو من عدوه فيه أمكن أو إلى جماعة من المسلمين على قصد العدو، ولا يلحقه الوعيد المذكور في الآية، وهو قوله: ﴿فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ١٦] ثم بعض المفسرين على أن هذا الوعيد خاص فيمن كان ينهزم يوم بدر، إذ لم يكن للمسلمين يومئذٍ فئة يلجؤن إليها عند رسول الله عليه السلام، ورسول الله كان معهم فأما بعد ذلك فالمسلمون بعضهم فئه لبعض.

وبعضهم على أن هذا الوعيد عام، وأن الفرار من الزحف من جملة الكبائر على ما قال عليه السلام: «خمس من الكبائر» وذكر من جملتها «الفرار من الزحف»[1] ثم إن كان عدد المسلمين مثل نصف عدد المشركين لا يحل الفرار منهم وهو معنى قول محمد رحمه الله لا يحل لرجل من المسلمين به قوة القتال أن يفر من رجلين من المشركين وقد كان في الابتداء لا يحل للمسلم الواحد الفرار من العشرة من المشركين، فكان يلزمه الثبات على قتاله على ما قال الله تعالىٰ: ﴿إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُواْ مِاْئَتَيْنِ وَإِن

---

(١) روي الحديث بلفظ: «والتولي من الزحف» انظر: البخاري في الوصايا باب ٢٣، والحدود باب ٤٤ (المحاربين باب ٣٠)، ومسلم في الإيمان حديث ١٤٤، وأبا داود في الجهاد باب ٩٦، والوصايا باب ١٠، والترمذي في الاستئذان باب ٣٣، والنسائي في الوصايا باب ١٢.

يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ يَغْلِبُوٓاْ أَلْفًا مِّنَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ﴾ [الأنفال: ٦٥] فشق ذلك على المسلمين فرحم الله وأنزل قوله: ﴿ٱلْـَٔـٰنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُواْ مِائَتَيْنِ﴾ [الأنفال: ٦٧]، وجعل بمقابلة كل مسلم اثنان من الكفار، فصار كل واحد من المسلمين مأموراً بأن يقاتل اثنان من الكفرة، وأن لا يفر منهما، وإن كان عدد المسلمين أقل من نصف عدد المشركين فلا بأس بالفرار منهم، وهو معنىٰ قول محمد في «الكتاب»: ولا بأس بأن يفر من ثلاثة وأكثر من ذلك.

وهذا لأنه لو لم يحل له الفرار من الثلاث لا يحل له الفرار من العشرة والمائة ومتىٰ لم يفر صار ملقياً نفسه في التهلكة، وإنه حرام.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله: ما ذكر محمد رحمه الله أن للفرار حد لا يفر من اثنين فذلك زمان رسول الله عليه السلام، أما في زماننا إنما لا يفر الواحد من الاثنين إذا كان يطيقهما أما إذا كان لا يطيقهما، فلا بأس بأن يفر حتى لا يصير ملقياً نفسه في التهلكة، وإليه أشار محمد رحمه الله في «الكتاب» حيث قال: لا أحب لرجل به قوة القتال أن يفر من رجل من المشركين، وعن هذا قالوا: إن من لا سلاح له لا بأس بأن يفر ممن له السلاح. قال محمد رحمه الله: وما قالوا إن عدد المسلمين إذا كان أقل من نصف عدد المشركين فلا بأس بالفرار تأويله إذا كان عدد المسلمين أقل من اثني عشر ألفاً، أما إذا كان عددهم اثني عشر ألفاً أو أكثر، لا يحل لهم الفرار. وإن كان عدد الكفرة أضعاف عددهم، لأنهم إذا بلغوا اثني عشر ألفاً لا يغلبون بخبر رسول الله عليه السلام بأنه قال: «لن يغلب اثنا عشر ألف عن قلة كلمتهم واحدة»(١)، وهذا إذا كانت كلمتهم واحدة، فأما إذا تفرق كلمتهم يعتبر الواحد بالاثنين، وفي زماننا يعسر الطاقة على نحو ما بينا ومن فر من موضع يقصده أهل الحصن بالمنجنيق وأشباهه ومن موضع يرمىٰ بالسهام والحجارة فلا بأس به، لأنه مضطر للفرار، لأن المتحصن بالحصن لا يصيبه ما يرمىٰ إليه والخارج يصيبه ما يرمىٰ من الحصن، فكان مضطراً في الفرار، فلا يكون به بأساً كما لو فر من الثلاثة أو أكثر.

ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير»: حدثنا عن عمر رضي الله عنه فيه دليل على أنه لا بأس بالفرار إذا أتىٰ المسلم من العدو ما لا يطيقهم، وفيه دليل على أنه لا بأس بالثبات حتىٰ يقتل. قال شيخ الإسلام رحمه الله، والأمر على هذا اليوم إن فر وسعه وإن ثبت حتىٰ قتل وسعه أيضاً.

الفصل الثامن
في الجعائل

قال محمد رحمه الله وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: تكره الجعائل ما دام للمسلمين

(١) أخرجه ابن الجوزي في جامع المسانيد ٢/ ٢٦٤.

قوة، فإذا لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضاً. يجب أن يعلم أن الجعائل جمع جعالة بكسر الجيم، وهي مال يعطىٰ الغازي ليغزوا به، فإذا وقعت الحاجة إلى تجهيز الجيش فلا يخلوا إما أن يكون للمسلمين قوة [٢١ب/ ٢] القتال، بأن كان في بيت المال مال أو لم يكن لهم قوة القتال بأن لم يكن في بيت المال مال.

فإن كان في بيت المال مال، فلا ينبغي للإمام أن يتحكم على أرباب الأموال فيأخذ شيئاً من مالهم من غير طيب أنفسهم لما فيه من أخذ مال المسلم بغير طيب نفسه من غير حاجة وضرورة، وإنه حرام للحديث المعروف، وهو المراد من المذكور في «الكتاب»، وتكره الجعائل ما دام للمسلمين قوة، فأما إذا أراد أرباب الأموال إعطاء الجعل بطيب من أنفسهم، فذلك لا يكون مكروهاً بل يكون حسناً مرغوباً فيه، سواء كان في بيت المال مال أو لم يكن، لأنه إعانة على الجهاد، وإنه بر وطاعة. والإعانة على ما هو بر وطاعة مندوب إليه مرغوب فيه شرعاً، قال الله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وإن لم يكن في بيت المال مال، فلا بأس بأن يتحكم الإمام على أرباب الأموال بقدر ما يتقوىٰ به الذين يخرجون للجهاد.

فقد صح أن أبا بكر رضي الله عنه بعث البعوث بعد وفاة رسول الله عليه السلام كله من مال الأغنياء.

وهكذا روي عن عمر رضي الله عنه أنه في أول خلافته قبل ظهور الفتوح كان يبعث البعوث من مال الأغنياء، وعنه أنه كان يعطي الغازي من فيء القاعد.

ثم من كان قادراً على الجهاد بنفسه وماله فعليه أن يجاهد بنفسه وماله، قال الله تعالىٰ: ﴿وَجَٰهِدُوا۟ فِى ٱللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِۦ﴾ [الحج: ٧٨]، وحق الجهاد أن يجاهد بنفسه وماله.

وإذا كان قادراً على الخروج بنفسه وله مال لا ينبغي له أن يأخذ من غيره جعلاً ليكون عمله لله تعالىٰ خالصاً.

ومن عجز عن الخروج بنفسه وله مال ينبغي أن يبعث غيره عن نفسه بماله فيصير أحدهما مجاهداً بنفسه والآخر بماله.

من قدر على الخروج بنفسه إلا أنه لا مال له فإن كان في بيت المال مال فالإمام يعطي كفايته من بيت المال، لأن بيت المال معد لنوائب المسلمين، وهذا من جملة نوائبهم، فإذا أعطاه الإمام قدر كفايته لا ينبغي له أن يأخذ من غيره جعلاً، لأن الجعل سبيله سبيل الصدقة، لأنه سقط الواجب والغني لا تباح له الصدقة، وقد صار غنياً بما أعطاه الإمام.

وإن لم يكن في بيت المال مال أو كان إلا أنه لا يعطيه الإمام فله أن يأخذ الجعل من غيره، وكان كالفقير الذي منع الإمام حقه من بيت المال كان له أن يسأل الناس، وإن أعطاه الإمام كفايته من بيت المال لا يكون له أن يسأل الناس، كذا هنا.

فإن قيل ينبغي أن لا يجوز التجاعل لأنه في معنى الاستئجار على الجهاد.

قلنا: التجاعل ليس استئجاراً على الجهاد، والجعل ليس بأجرة، وإنما هو رزق

الشاخص وكفايته، ليكون للشاخص ثواب الغزو، وللجاعل ثواب النفقة، وهو كرزق القاضي من بيت المال، فإنما يأخذه القاضي من بيت المال يأخذه بطريق الرزق والكفاية لا بطريق الأجرة كذا هنا. قال القاضي ركن الدين علي السغدي رحمه الله: إذ قال القاعد للشاخص هذا المال لك فاغز به فهذا ليس باستئجار على الجهاد، وإذا قال هذا المال لتغزو به عني فهذا استئجار على الجهاد، فلا يجوز.

ينبغي أن تكون مسألة الحج على هذا التفصيل أيضاً، وإذا دفع الرجل إلى غيره جعلاً ليغزو عنه هل له أن يصرفه في غير الغزو فهذا على وجهين:

أما إن قال له صاحب الجعل حين دفع الجعل إليه أغز بهذا المال عني وفي هذا الوجه لا يكون له أن يصرفه في غير الغزو، حتىٰ لا يقضي به دين نفسه، ولا يترك نفقة لأهله، وكان كمن دفع إلى آخر مالاً وقال حج عني بهذا المال، لا يكون له أن يصرفه في غير الحج.

وأما إن قال له صاحب الجعل حين دفع الجعل إليه: هذا المال لك (اغز به) كان للمدفوع إليه أن يصرفه إلى غير الغوز كما كان له أن يصرفه إلى الغزو، وكان كمن دفع مالاً إلى رجل وقال: هذا المال لك حج به، كان له أن يصرفه إلى الحج وإلى غيره، والمعنىٰ في ذلك أن صاحب المال ملكه المال وأشار عليه بإشارة، فكان له أن لا يأخذ بإشارته، كما لو قال لآخر: هذه الدار لك واسكنها، أو هذا الثوب لك والبسه، كان له أن لا يسكنها، وأن لا يلبسه كذا هنا.

ذكر هذه الجملة شيخ الإسلام في شرح «السير الكبير» وشمس الأئمة السرخسي في شرح «السير الصغير».

وذكر شيخ الإسلام في شرح «السير الصغير» أن للمدفوع إليه أن يترك بعض الجعل لنفقة عياله على كل حال، قال ثمة لأنه لا يتهيأ له القتال والخروج للجهاد إلا بهذا وكان من أعمال الجهاد معنى.

وإذا دفع الرجل إلى غيره جعلاً ليغزو عنه ثم عرض للمدفوع إليه عارض من مرض أو غيره ولم يخرج بنفسه، فأراد أن يدفع إلى غيره أقل ما أخذ ليغزو به فإن كان مراده أن لا يمسك الفضل لنفسه بل يرده على رب المال فلا بأس به.

وإن كان مراده أن يمسك الفضل لنفسه فالمسألة على وجهين: إن كان صاحب الجعل قال للمدفوع إليه: أغز بهذا المال عني فليس له أن يمسك الفضل لنفسه، وإن كان قال له هذا المال لك أغز به كان له أن يمسك الفضل لنفسه، ألا [٢٢أ/٢] ترى بأن له أن يمسك جميع المال لنفسه في هذا الوجه فلا يغزوا به؟ فكان له أن يمسك الفضل لنفسه من طريق الأولىٰ.

وإذا شرط مسلم لمسلم جعلاً ليقتل كافراً حربياً فقتله فلا بأس بذلك، قال محمد رحمه الله: وأحب للشارط أن يفي بما شرط، ولكن لا يجبر عليه، أقام عدم الجبر، لأنه شرط له البدل على إقامة ما هو واجب عليه وفي مثل هذا لا يجب البدل ولا يجبر عليه

لكن يستحب الإعطاء وفاء بالوعد، أو يقول قبل الحربي: لا يقع شارطاً المال على الخلوص بل يقع له من وجه وللمشروط له من وجه، وفي مثل هذا لا يجب البدل، ولكن يندب إليه.

من مشايخنا من قال ما ذكر في «الكتاب»: قول محمد خاصة، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: لا يجوز هذا الشرط كما لو استأجر إنساناً ليستوفي قصاصاً وجب له على أجر على قتله يجوز.

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجوز فهنا كذلك، ومنهم من قال هذا يجوز بالإجماع. واختلفوا فيما بينهم، بعضهم قالوا: هذا ليس باستئجار إنما هو عدة، ألا ترىٰ أنه قال أحب للشارط أن يفي بذلك؟ فلا يجبر ولو كان هذا استئجاراً لما قال ذلك.

وبعضهم قالوا: وإن كان هذا استئجاراً ينبغي أن يجوز إجماعاً حثاً على القتال، وتحريضاً على تقليل أعداء الله تعالىٰ.

قال: وإن كان الإمام أعطاه ذلك من مال بيت المال كان جائزاً، يريد به أن الإمام لو أعطى رجلاً من مال بيت المال شيئاً ليقتل كافراً لا بأس به، لأن هذا الرجل في قتل الكافر عامل للمسلمين من وجه يدفع شره عنهم ومال بيت المال مال المسلمين فجاز إعطاء شيء منه ليعمل دفعاً للمسلمين، وإذا شرط الرجل المسلم لكافر جعلاً ليسلم فأسلم فهو مسلم، وفي بعض الروايات يقول: فقد حسن إسلامه فلا يجب الجعل على شارطه، وله الخيار إن شاء أعطاه، وإن شاء منعه، لأنه شرط الجعل لإقامة عمل واجب وفرض على الآخر وفي مثل هذا لا يجب الأجر كالأب إذا استأجر ابنه للخدمة، وإن أعطاه الجعل فهو أفضل، لأن فيه وفاءً بالوعد واحتراز عن الخلف في الوعد الذي هو علامة المنافقين، ولأن فيه تأليفاً له على الثبات على الإسلام، ولأن فيه ترغيباً لغيره في الإسلام والله أعلم.

الفصل التاسع
في الخدعة في الحرب

روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الحرب خُدْعَة»[1] ـ فيه ثلاث لغات أحدها: بضم الخاء وتسكين الدال، والثانية بضم الخاء وفتح الدال، والثالثة بفتح الخاء وتسكين الدال ـ فيه دليل على أنه لا بأس بالخداع في الحرب، وهذا لأن الحرب كله لا تتهيأ إقامته بالقتال بل يقام مرة بالقتال ومرة بالخداع.

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٦٣٦، والترمذي حديث ١٦٧٥، وابن ماجه في الجهاد حديث ٢٨٣٣، ٢٨٣٤، وأحمد في المسند ١/ ٩٠، ٢/ ٣١٢، ٣/ ٢٢٤، ٢٩٧، ٣٠٨، ٦/ ٣٨٧.

وليس المراد الكذب المحض، فإنه لا رخصة في الكذب المحض إلا عند الضرورة فلا ضرورة هنا، وإنما المراد استعمال المعاريض وذلك من وجوه:

أحدها: أن يكلم من يناوره بشيء وليس الأمر كما قال، ويضمر بخلاف ما يظهره له كما فعل علي كرّم الله وجهه يوم الخندق حين بارز عمرو بن عبد ود وكانا يتساوران، ولم يظفر أحدهما على صاحبه فقال له علي: أليس قد ضمنت لي أن لا تستعين بغيرك في قتالي فقال، نعم، فقال رضي الله عنه: فمن الذي وراءك، فالتفت الكافر بمستبعد لذلك فضرب علي على سامته ضربة قطعها، فعلي أظهر للكافر بما قال أن بقربه قوم حضروا لإعانته وأضمر في قلبه القوم الذين في الصف.

والثانية: أن يقول أصحابه قولاً يرىٰ من يسمعه أن فيه ظفر أو أن فيه أمراً يقوى به أصحابه وليس الأمر كذلك حقيقة، ولكنه لا يكذب. والأصل فيه بما روي أن علياً رضي الله عنه في حروبه كان ينظر إلى الأرض ثم يرفع رأسه إلى السماء ثم يقول: ما كذبت ولا كذبت أي: ما كذبت بنفسي، ولا كذبت فيما أخبرت عن النبي عليه السلام، فكان يرى مما يقول من حضره أن النبي عليه السلام أخبره بما ابتلي به وأمره بذلك، ولم يكن أمره ولا أخبره بذلك، وكان صادقاً في ذلك إذا لم يقل أمرني وأخبرني النبي عليه السلام بذلك، وإنما أخبره عن نفي الكذب عما أمره النبي عليه السلام، وأخبره به وهو كذلك.

الثالثة: أن يقيد الكلام بلعل وعسىٰ فإن ذلك بمنزلة الاستثناء يخرج الكلام به من أن يكون عزيمة. بيان ذلك فيما روي أن بني قريظة كانوا في عهد رسول الله إلى أن جاء الأحزاب ورئيسهم أبو سفيان ومعهم حيي بن أخطب رأس بني النضير به، فما زال ببني قريظة حتىٰ نقضوا العهد بينهم وبين رسول الله ﷺ وبايعوا أبا سفيان على أن يغيروا هم على المدينة والأحزاب يقاتلون رسول الله عليه السلام وأصحابه، فاشتد الأمر على المسلمين لذلك كما قال الله تعالىٰ: ﴿إِذْ جَآءُوكُم مِّن فَوْقِكُمْ وَمِنْ أَسْفَلَ مِنكُمْ﴾ [الأحزاب: ١٠]، فجاء نعيم بن مسعود الثقفي ـ وهو كان مشركاً [٢٢ب/ ٢] يومئذٍ ـ فأخبر رسول الله عليه السلام بهذه المبايعة فقال عليه السلام: «فلعلنا أمرناهم بذلك»[١] أراه أن هذا عن مواطأة بيننا وبينهم حتىٰ يحيط بالأحزاب من كل جانب، وكانت تلك الكلمة سبب تفرق كلمتهم وانهزامهم، فهذا ونحوه من مكايدة الحرب فلا بأس به.

الفصل العاشر
في بيان ما يجب من طاعة الأمير وما لا يجب

قال محمد رحمه الله: وينبغي للإمام أن يؤمر على الجيش أفضلهم وأعلمهم بأمر الحرب وأعدلهم في القسمة حتىٰ لا يجور على بعض ويكون رفيقاً حتىٰ لا يقحمهم في

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٩٧٣٧، والمتقي الهندي في كنز العمال ٣٠١١٦.

المهالك وبعد ما اجتمع بشرائط الإمارة في إنسان فالإمام يؤمره قرشياً كان أو عربياً أو نبطياً من الموالي.

والأصل فيه قوله عليه السلام: «اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشي أجدع»[١]. قال محمد رحمه الله: وإذا أمر الأمير العسكر بشيء كان على العسكر أن يطيعوه في ذلك إلا أن يكون المأمور به معصية بيقين.

والأصل في وجوب طاعة الأمير قول الله تعالىٰ: ﴿أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء:٥٩] وأولوا الأمر منا الخلفاء والأمراء من جهتهم، على المسلمين. فالله تعالىٰ أمر بطاعة أولي الأمر من غير فصل والأمر للوجوب، ولو خلينا وظاهر الآية لكنا نقول بوجوب طاعة الأمراء وإن كان المأمور به معصية، ولكن ترك قصة ظاهر النص فيما إذا كان المأمور به معصية بالإجماع وبظاهر نص آخر، وهو قوله عليه السلام: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»[٢] ولا إجماع ولا نص فيما إذا لم يكن المأمور به معصية فيعمل فيه بظاهر النص.

ثم إن هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أما إن علم أهل العسكر أنهم ينتفعون بما أمرهم به بيقين بأن أمرهم بأن لا يقاتلوا في الحال مثلاً، وعلموا أنهم ينتفعون بترك القتال في الحال بأن علموا بيقين أنهم لا يطيقون أهل الحرب، وعلموا أن لهم مدداً يلحقهم في الثاني. متى كانت الحالة هذه كان ترك القتال في هذه الحالة منتفعاً [به] في حق أهل العسكر بيقين فيطيعونه فيه.

وإن علموا أنهم ينصرون بترك القتال في الحال يتعين بأن علموا أن أهل الحرب لا يطيقونهم في الحال، وعسىٰ يلحقهم مدد يتقوون به على قتال المسلمين لا يطيقونهم فيه، لأن أمرهم بما هو ضرر في حقهم بيقين معصية، وقد ذكرنا أنه لا يلزمهم طاعته فيما فيه معصية.

وإن شكوا في ذلك لا يعلمون أنهم ينتفعون به أو يتضررون به واستوى الطرفان، فعليهم أن يطيعوه، لأن طاعة الأمير حق على أهل العسكر بيقين، واليقين لا يزول بالشك.

وكذلك على هذا إذا أمرهم بالقتال مع العدو إن علموا أنهم ينتفعون به بيقين أوشكوا فيه، واستوى الطرفان أطاعوه في ذلك، وإن علموا أنهم لا ينتفعون به بيقين بل يتضررون لا يطيعونه في ذلك، وإن كان الناس مختلفين فيه.

منهم من يقول: فيه الهلكة.

ومنهم من يقول: النجاة وشكوا في ذلك ولم يترجح أحد الظنين على الآخر كان عليهم طاعته.

---

(١) أخرجه الترمذي في الجهاد حديث ١٧٠٦، وابن ماجه في الجهاد حديث ٢٨٦١.

(٢) أخرجه بنحوه مسلم في الإمارة حديث ١٨٤٠، وأبو داود في الجهاد حديث ١٦٢٥، والنسائي في البيعة حديث ٤٢٠٥.

وإذا أمر الأمير أهل العسكر بشيء فعصاه في ذلك واحد من أهل العسكر، فالأمير لا يؤذيه في أول الوهلة، قال عليه السلام: «أقيلوا عن ذوي الهيئات عثراتهم»(١)، ولكن ينصحه حتىٰ لا يعود إلى مثل ذلك أبداً للغدر.

فإن عصاه بعد ذلك أدبه، لأنه ارتكب ما لا يحل شرعاً، لأنه عصا الأمير فيما يجب طاعته عليه، وإنه حرام.

ومن ارتكب ما لا يحل شرعاً يؤدب على ذلك جزاءً له حتىٰ لا يعود إلى مثله ويتعظ به غيره، قال: إلا أن يبين في ذلك عذراً فحينئذٍ يخلي سبيله، لأن بارتكاب ما يخل في الدين إذا كان بعذر لا يوجب التعزير ألا ترىٰ أن من أكل طعام الغير بغير إذنه حالة المخمصة لا يعزر كذا هنا، ولكن يحلف بالله لقد فعلت هذا بعذر، لأنه يدعي ما يمنع وجوب التعزير عليه، ولا يعرف ذلك إلا بقوله، وللتعزير مدخل في القضاء فلا يصدق إلا بيمين، وكان بمنزلة ما ذكر في كتاب الزكاة: إذا جاء المصدق إلى صاحب الماشية ليأخذ منه صدقة المواشي فقال صاحب الماشية: قد أعطيتها إلى مصدق، وكان في تلك السنة مصدق، ذكر أن القول قول صاحب الماشية مع اليمين، لأن لزكاة الماشية أيضاً لا بالإمام كذا هنا.

فإذا جعل الإمام الساقة على قوم معينين والميمنة كذلك والميسرة كذلك فشد العدو على الساقة فلا بأس لأهل الميمنة والميسرة أن يعينوهم إذا خافوا عليهم، وهذا لأنهم إذا لم يعينوا أهل الساقة والحالة هذه يظهر العدو على أهل الساقة وبعد ما ظهر العدو على أهل الساقة يقصدون أهل الميمنة والميسرة: من ذلك الجانب ففي إعانتهم دفع العدو عنهم، وعن أنفسهم.

وكل ذلك مندوب إليه شرعاً وهذا إذا كان لا يخل ذلك بمراكزهم، فأما إذا كان يخل ذلك بمراكزهم فلا ينبغي لهم أن يعينوا أهل الساقة، لأن الإعانة في [٢٣أ/ ٢] هذه الصورة لا تفيد، لأنه إن ارتفع الخلل من هذه الناحية يتمكن من ناحية أخرى مثل ذلك أو فوقه فلا تفيد الإعانة.

وإن أمرهم الأمير أن لا يبرحوا مراكزهم ونهى أن يعين بعضهم بعضاً فلا ينبغي لهم أن يعينوا أهل الساقة، وإن أمنوا من ناحيتهم وخافوا على أهل الساقة، لأن طاعة الأمير فرض بدليل مقطوع به وما يخافونه موهوم، والموهوم لا يعارض المتيقن.

وإذا نهىٰ الإمام أهل العسكر عن الخروج للعلافة لا ينبغي لهم أن يخرجوا، أهل المنعة وغيرهم في ذلك على السواء، لأن طاعة الأمير فرض، وربما يكون النظر في هذا النهي إلا أنه ينبغي للإمام أنه إذا نهاهم عن الخروج أن يبعث قوماً من الجيش للعلافة يؤمر عليهم أميراً يعتلفون للجيش، لأن الأمير ينصب ناظراً للجيش والنظر فيما قلنا إذا قلنا إذ الحاجة إلى العلف حاجة ماسة، فلو أن الإمام لم يبعث أحداً فأصاب الجيش

---

(١) أخرجه أبو داود في الحدود حديث ٤٣٧٥.

ضرورة من العلف وخافوا على أنفسهم أو على ظهورهم ولم يجدوا ما يشرون فلا بأس بأن يخرجوا، وإن كان فيه عصيان للأمير، لأن الموضع موضع الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع، وإذا قال الأمير: لا يخرجن أحد إلى العلف إلا تحت لواء فلان، فينبغي لهم أن يراعوا شرطه، فلا يخرجون إلا تحت لوائه.

وكذلك إذا قال الأمير: من أراد الخروج للعلف فليخرج تحت لواء فلان فلا ينبغي لهم أن يخرجوا إلا تحت لواء فلان، وهذا بمنزلة قوله لا يخرجن أحد إلا تحت لواء فلان، لأن تقييد الإباحة بالخروج تحت لواء فلان يكون نهياً عن الخروج من غير لوائه، حتى يكون التقييد مفيداً.

فهذا إشارة إلى أن المفهوم حجة وعليه بني هذا الكتاب، وظاهر المذهب أن المفهوم ليس بحجة ولكن في هذا الكتاب اعتبر المقصود الذي يفهمه أكثر الناس، لأن الغزاة في العام الغالب لا يقفون على حقائق العلوم فيعتبر المقصود، فالمفهوم في حقهم والمفهوم من هذا اللفظ فيما بينهم النهي عن الخروج إلا تحت لواء فلان فيجعل ذلك كالمنصوص عليه.

الفصل الحادي عشر
في المبارزة والرجل يحمل على المشركين وحده

قال محمد رحمه الله: وإذا خرج علج من المشركين بين الصفين يدعوا إلى البراز فلا بأس بأن يخرج إليه رجل من المسلمين ما لم ينهه الإمام عن ذلك.

والأصل في ذلك ما روي «أن عبيد بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة خرجوا يوم بدر يدعون إلى البراز فخرج إليهم ثلاثة من فتيان الأنصار من غير استئذان من رسول الله عليه السلام، ولم ينكر عليهم رسول الله ذلك»[1]، والمعنى في ذلك أن الإذن بالخروج من الإمام إن لم يوجد نصاً فقد وجد دلالة، لأن الفريقين إنما اصطفا للقتال فالخروج للمبارزة خروج للقتال، والثابت دلالة كالثابت نصاً، ثم يحل له الخروج للمبارزة وإن كان غالب رأيه أنه يقتل.

إذا كان غالب رأيه أنه يقتل كأن ينكي في الذي استقبله أو في غيره، أما إذا كان غالب رأيه أنه لا ينكي في الذي استقبله ولا في غيره ويقتل لا يحل له الخروج، وسيأتي جنس هذا بعد هذا.

وإن كان الإمام نهىٰ عن الخروج للبراز فهذا على وجهين: إما أن يكون النهي عاماً بأن قال: لا يخرج رجل منكم للبراز، فهذا النهي عام، وإن ذكر الرجل منكراً لأن النكرة في موضع النفي تعم، يدخل تحت النهي كل واحد منهم.

وإن كان النهي خاصاً في حق شخص بعينه، لا يخرج هو ولكن يخرج غيره إذ

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٦٦٥.

النهي في حق شخص بعينه لا يعمل في حق غيره.

وإذا تبارز المسلم والمشرك فلا بأس للمسلمين أن يعينوا صاحبهم إن قدروا على ذلك، وهذا لأن الكافر الذي خرج للبراز كما هو قاصد قتل من استقبله فهو قاصد قتل أصحابه، وأصحابه بالإعانة يدفعون قصد الكافر عن أنفسهم، وعن الذي خرج، وكل ذلك مندوب إليه شرعاً.

ولا بأس للرجل أن يحمل على المشركين وحده فإن كان غالب رأيه أنه يقتل إذا كان في غالب رأيه أنه ينكي فيهم نكاية بقتل أو يجرح أو هزيمة.

فإن كان غالب رأيه أنه لا ينكي فيهم نكاية لا بقتل ولا بجرح ولا بهزيمة ويقتل هو فإنه لا يباح له أن يحمل وحده، والأصل فيه قوله تعالىٰ: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْرِى نَفْسَهُ ٱبْتِغَآءَ مَرْضَاتِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٠٧]، أي يبيع نفسه ابتغاء مرضات الله تعالى، شرىٰ: إذ باع، واشترى إذا ابتاع، وقال الله تعالىٰ: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: ٢٠]، أي: باعوه، فقد أخبر الله تعالى أن من الناس من يبيع نفسه ابتغاء مرضات الله وهذا بائع نفسه ابتغاء مرضات الله متى خرج للمبارزة، فلا يكون به بأس لو خلينا وظاهر الآية، لكنا نقول بأنه يخرج للمبارزة إذا علم أنه يقتل ولا ينكي فيهم نكاية إلا أنا تركنا ظاهر هذه الآية في هذا الموضع بالإجماع، ولا إجماع فيما تنازعنا فيه فيبقىٰ داخلاً [٢٣ب/ ٢] تحت ظاهرها. ثم فرقوا بين الخروج للمبارزة، وبين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيما بين المسلمين.

فقالوا: من أراد أن ينهىٰ قوماً من فساق المسلمين عن منكر، وكان في غالب رأيه أنه يقتل لأجل ذلك، ولا ينكي فيهم نكاية بصرف أو ما أشبه ذلك، فإنه لا بأس بالإقدام، وهو العزيمة، وإن كان يجوز له أن يترخص بالسكوت.

وقالوا في الخروج للمبارزة: إذا كان غالب رأيه أنه يقتل من غير أن ينكي فيهم نكاية لا يباح له الخروج، ولا فرق بينهما من حيث المعنىٰ، لأن في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إنما أباحوا ذلك، لأن أمره إياهم بالمعروف ونهيه إياهم عن المنكر ينكي فيهم لا محالة.

وبيان ذلك؛ أنهم يتركون الفساد حال ما يشتغلون بقتله، ويجادلون معه فعل الفساد، فيحصل نوع نكاية بسبب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وفي المبارزة والجملة باستيفاء لهم بقتله لا يتركون الكفر والمحاربة حتى يقل الفساد، بل يحققون ذلك فيجب اعتبار النكاية فيهم من حيث الجرح والضرب لما يقدر اعتبار النكاية فيهم من حيث تقليل الفساد، فإذاً لا فرق بينهما من حيث المعنىٰ، وإنما الفرق من حيث الصورة.

الفصل الثاني عشر
في مسائل الأمان

هذا الفصل يشتمل على أنواع.

الأول: في بيان شرائط جواز الأمان، ومن يصح أمانه ومنْ لا يصح أمانه.

يجب أن يعلم بأن لجواز الأمان شرائط:

أحدها: الإسلام: حتىٰ لا يصح أمان الذمي إلا إذا كان بإذن الإمام لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالىٰ، والأصل في ذلك ما روى محمد في «الكتاب» عن جعفر بن حيان عن الحسن البصري أن رسول الله عليه السلام قال: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، يسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم»(١)، قوله: تتكافأ دماؤهم، أي: تتساوىٰ، وقوله: يسعىٰ بذمتهم، أي: بذمة المسلمين فالهاء والميم كناية عن المسلمين، ومعناه يقوم بعهدهم وأمانهم، فالذمة هنا بمعنىٰ العهد والأمان، وقوله: أدناهم، يعني: أدنى المسلمين، وقوله: أدناهم، إن كان مشتقاً من الأدنى الذي هو أقل، كما في قوله تعالىٰ: ﴿وَلَآ أَدۡنَىٰ مِن ذَٰلِكَ وَلَآ أَكۡثَرَ﴾ [المجادلة: ٧] فهو دليل على صحة الأمان الواحد، وإن كان مشتقاً من الدنو، وهو: القرب، كما في قوله تعالىٰ: ﴿فَكَانَ قَابَ قَوۡسَيۡنِ أَوۡ أَدۡنَىٰ﴾ [النجم: ٩]، فهو دليل على صحة أمان من يسكن الثغور من المسلمين، فيكون قريباً من العدو وإن كان مشتقاً من الدناءة فهو دليل على صحة أمان الفاسق، لأن صفة الدناءة به من المسلمين.

ووجه الاستدلال بالحديث لبيان أن الإسلام يشرط لجواز الأمان بخلاف القياس، لأن الأمان من باب الولاية على الغير، لأنه يبطل على بقية المسلمين حق القتل والأسر. عرفنا الجواز بهذا الحديث، وهذا الحديث تناول المسلم ورد الذمي إلى ما يقتضيه القياس، ولهذا قلنا إن أمان الحرة المسلمة جائز كأمان الحر المسلم، لأنا إنما عرفنا جواز الأمان بهذا الحديث وهذا الحديث يتعرض للإسلام، أما لا يتعرض بصفة الذكورة، والمرأة ساوت الرجل في صفة الإسلام فتساويه في صحة الأمان.

وشرط آخر: أن يكون الذي أمن في منعة المسلمين: حتى إن المسلم إذا كان أسيراً مقهوراً في يد أهل الحرب، أو كان تاجراً فيما بينهم فأمن لا يصح أمانه.

ذكر محمد رحمه الله مسألة الأسير والتاجر في أول أبواب الأمان في «السير الكبير» ولم يذكر فيها القياس والاستحسان، وذكر عين هذه المسألة في موضع آخر، وذكر فيها القياس والاستحسان.

القياس: أن يصح أمانه بظاهر قوله عليه السلام: «يسعى بذمتهم أدناهم»، وفي الاستحسان: لا يصح أمانه، وإنما لا يصح أمانه استحساناً لأنه لو صح أدّىٰ إلى أن ينسد طريق الجهاد مع الكفرة بالكلية، لأنه لا تخلو بلدة من بلاد أهل الحرب من مسلم أسير أو تاجر، فكلما قصد المسلمون قتال أهل تلك أهل البلدة يأمرون الأسير أو التاجر حتىٰ يؤمنهم، وفساد ذلك مما لا يخفى على أحد.

وأما الحرّيّة هل هي شرط صحة الأمان حتىٰ أن العبد إذا أمن هل يصح أمانه أو لا يصح؟ فهذا على وجهين:

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٧٥١، والنسائي في القسامة حديث ٤٧٣٤، وابن ماجه في الديات حديث ٢٦٨٣.

إن كان العبد مأذوناً في القتال من جهة المولى يصح أمانه بلا خلاف.

وإن كان محجوراً عن القتال فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه: لا يصح أمانه، وعلى قول محمد يصح وعلى قول أبي يوسف مضطرب ذكره الطحاوي مع أبي حنيفة، وذكره الكرخي والحاكم الشهيد مع محمد رحمهم الله.

أما إذا كان مأذوناً في القتال من جهة المولىٰ فإنما صح أمانه، أما عند محمد، لأنه لو كان محجوراً لصح أمانه عنده [٢٤أ/ ٢] لما تبين، فإذا كان مأذوناً أولى.

وأما عندهما فلأنه أمن بإذن المولى، بيانه: أن الإذن بالقتال إذن بالأمان، لأن الأمان قتال معنى لأن المقصود لا يحصل بالقتال ويحصل بالأمان بأن كان القوة لأهل الحرب، فكان الإذن بالقتال إذناً بالأمان معنىً وإذا كان أمانه بإذن المولىٰ، ينتقل أمانه إلى للمولى وصار كأن المولىٰ هو الذي أمن.

وأما إذا كان العبد محجوراً عن القتال.

حجة محمد رحمه الله أن الأمان من الحر والمأذون في القتال إنما يصح لأنه قربة، لأنه جهاد معنى، وهما من أهل القرب، وهذا المعنىٰ موجود في المحجور.

حجتهما أن الأمان إنما يصح بشرط أن يكون خيراً للمسلمين، ومعنىٰ الخيرية في الأمان مستور لا يعرفه إلا من يكون مشغولاً بالقتال، والعبد المحجور مشغول بخدمة المولىٰ، فلا يعرف ذلك فلهذا لا يصح أمانه.

بعض مشايخنا قالوا: هذا الخلاف في العبد المحجور إذا لم يجيء النفير، أما إذا جاء النفير يصح أمانه بلا خلاف لأن في هذه الحالة القتال منه صحيح، فكأنه يقاتل بإذن المولىٰ وبعضهم قالوا: الكل على هذا الخلاف لأن بعد مجيء النفير هو يقاتل عن نفسه، ولا ولا قبل مجيء النفير عن الدين فهو محجور عن القتال شرعاً فيكون على هذا الخلاف.

وأما البلوغ: هل هو شرط حتىٰ إن الصبي إذا أمن هل يصح أمانه، فهو على وجهين: إن كان الصبي محجوراً عن القتال من جهة وليه لا يصح أمانه عند أبي حنيفة، وعلى قول محمد يصح.

وإن كان مأذوناً يصح أمانه بلا خلاف، هكذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله، وهكذا حكي عن الفقيه أبي بكر الرازي.

وبعض مشياخنا قالوا: هو على الخلاف أيضاً على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصح أمانه، وكأن هذا القائل مال إلى أن الأمان إنما يصح بشرط أن يكون خيراً للمسلمين، ومعنىٰ الخيرية في الأمان مستور لا يعرفه إلا من هو معتدل الحال والصبي ليس بهذه الصفة.

ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير» عن الزهري في الذمي يغزو مع المسلمين فيؤمن: لا يجوز أمانه قال محمد رحمه الله: وبهذا نأخذ وقد ذكرنا المسألة في أول هذا النوع، فلم يجوز أمان الذمي الذي يقاتل من غير فصل بينما إذا كان يقاتل بإذن الإمام أو

بغير إذن الإمام، وهذا الجواب لا يشكل على قول الكل فيما إذا كان يقاتل بغير إذن الإمام، لأنه لو صح أمانه في هذه الصورة يصح بنفسه، وإنما يشكل على قول أبي حنيفة رضي الله عنه إذا كان يقاتل بإذن الإمام.

وكان يجب أن يصح أمانه على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، لأن الإذن بالقتال إذن بالأمان عنده. ألا ترى أنه جعل إذن العبد بالقتال إذناً بالأمان، حتىٰ قال إذا أمن العبد المأذون صح أمانه فكذا إذن الإمام الذمي بالقتال يجب أن يجعل إذناً بالأمان عنده حتىٰ يصح أمانه إذ أمان الذمي بإذن الإمام جائز، نص عليه محمد رحمه الله في «السير الكبير»، فهذا الجواب مشكل على قول أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه الصورة من هذا الوجه، فظن بعض أصحابنا أن الذمي إذا كان يقاتل بإذن الإمام، فأمانه صحيح عند أبي حنيفة، وبعضهم قالوا: لا يصح أمانه عند أبي حنيفة، وفرق هذا بين العبد والذمي على قوله.

والفرق وهو الإذن بالقتال إذن بالأمان من وجه دون وجه.

إذن بالأمان من حيث إن الأمان قتال معنى، لأن ما هو المقصود عسىٰ لا يحصل إلا بالأمان.

وليس بإذن بالأمان من حيث إن الأمان ترك القتال وضده، والأمر بالشيء لا يكون أمراً بضده، والعمل بالأمرين جميعاً متعذر في حق كل شخص، لأن أحدهما يوجب دخول الأمان في الإذن، والآخر يمنع فعملنا بالحقيقة في حق الذمي فلم يجعل داخلاً في الإذن بالقتال، وعملنا بالمعنىٰ في حق العبد فجعلنا الأمان داخلاً في الإذن بالقتال، وإنما لم يعمل على العكس، لأنا لو عملنا بالمعنىٰ في حق الذمي، وجعلنا الأمان داخلاً تحت الإذن بالقتال مع أن الذمي منا داراً لا ديناً، يلزمنا أن نجعل الأمان داخلاً في الإذن بالقتال في حق العبد والعبد منا داراً وديناً من طريق الأولى، فحينئذٍ يتعطل العمل بالشبهين، فعملنا على الوجه الذي قلنا ليمكننا العمل بالشبهين.

ذكر محمد رحمه الله مسألة الصبي مرة أخرى وضم إليها الرجل المخالط العقل، قال: وإن أمن الغلام الذي لم يحتلم والرجل المخالط العقل إلا أنهما يعقلان الإسلام ويصفانه، فأمانهما جائز سواء كانا مأذونين في القتال، وهذا قول محمد رحمه الله، فقد اعتبر محمد رحمه الله العقل بالأمان وصفته لصحة الأمان بعض مشايخنا اعتبروا ذلك أيضاً، وقاسوه على التسمية عند الذبح فإن الصبي أو الرجل المخالط [٢٤ب/ ٢] العقل إذا ذبح وسمىٰ: إن كانا يعقلان التسمية والذبيحة حل ذبيحته، وإن كانا لا يعقلان كلاهما، أو كان يعقل أحدهما دون الآخر لا يحل ذبيحته.

فكذا هنا يعتبر العقل بالإيمان والأمان جميعاً، وهذا لأن الأمان تصرف قولي والتصرف القولي إنما يصح ممن يصح قوله وصحة العقل بالمعرفة والتمييز فيشترط معرفة الأمان بصحته لهذا، وإلى هذا القول مال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله.

قال: وإن كانا لا يعقلان الإسلام ولا يصفانه، وكانا مسلمين بإسلام أبويهما لا

يجوز أمانه، لأنه إذا كان لا يعقل الإسلام ولا يصفه، فالظاهر أنه لا يعقل شيئاً آخر، فكان بمنزلة المجنون، وأمان المجنون باطل.

وإن كبر الغلام وبلغ، وهو لا يصف الإسلام ولا يعقله ويعقل أمر معيشته، فأمانه لا يصح لأنه بمنزلة المرتد ألا ترى أنه يفرق بينه وبين امرأته، وألا ترى أنه لا يرث أبويه، وكذلك الجارية حرة كانت أو أمة على هذا، لأنها بمنزلة المرتدة ألا ترى أنه يفرق بينها وبين زوجها، فلا يصح أمانها بخلاف ما قبل البلوغ إذا لم يصف الإسلام، فإنه لا يحكم بردته ما لم يتكلم بالردة، لأنه لا يقع لأبويه في الإسلام ما لم يتكلم بالردة إذا كان أبواه مسلمين وتزول التبعية إذا تكلم بالردة.

قد ذكرنا قبل هذا أن الأسير من المسلمين في يد أهل الحرب أو التاجر فيما بينهم إذا أمنهم لا يصح أمانه استحساناً، وكذلك رجل منهم أسلم، وهو فيما بينهم فأمنهم لا يصح أمانه، ومعنىٰ قوله لا يصح أمانه، في حق بقية المسلمين حتىٰ كان لبقية المسلمين أن يغيروا عليهم فأما فيما بينه وبين أهل الحرب إن أمنوه وأمنهم يجب عليه أن يفي لهم كما يفون له، وهذا لأن أمان هؤلاء في حق بقية المسلمين إنما لا يصح لأنه لو صح أدى إلى سد باب القتال مع أهل الحرب أصلاً، وهذا المعنى لا يتأتى إذا صح أمانه في حق نفسه صار حكمه وحكم الداخل دار الحرب بأمان سواء، فلا يحل له أن يغدر بهم فيأخذ شيئاً من أموالهم بطريق غصب أو بطريق سرقة، أو ما أشبه ذلك.

فإن كان في أيديهم عبد مسلم أو امرأة مسلمة أخذوه من المسلمين لا ينبغي له أن يتعرض لهم في ذلك لأنهم ملكوا ذلك بالإحراز بدارهم والتحق بذلك سائر أملاكهم فكما لا يحل له أن يتعرض سائر أموالهم فكذا لهذا المال، فأمّا ما كان في أيديهم من أسير أو أسيرة حر مسلم أو حرة مسلمة أو ذمي حر أو ذمية أو مكاتب مسلم أو ذمي أو أم ولد مسلمة أو ذمية أو مدبرة مسلمة أو ذمية، فلا بأس بأخذهم، إما سرقة أو غصب حتى يخرجهم إلى دار الإسلام، لأن هؤلاء لا يملكون أهل الحرب عليهم، ألا ترى أنهم لو أسلموا يستردون من أيديهم، والأمان إنما يعمل في حقهم وأملاكهم لا في غير أملاكهم.

نوع آخر في بيان ما يكون أماناً وما لا يكون أماناً

قال محمد رحمه الله: وإذا نادىٰ المسلمون أهل الحرب بالأمان فهم آمنون جميعاً إذا سمعوا صوتهم بالأمان بأي لسان كانوا نادوهم.

ويستوي في ذلك إن عرفوا ذلك وفهموا منه الأمان أو لم يعرفوا ذلك ولم يفهموا منه الأمان بأن نادوهم بالعربية وهم روم لا يحسنون العربية، أو نادوهم بالنبطية وهم قوم لا يعرفون النبطية، وأمثال ذلك.

والمعنىٰ في ذلك أن الأمان أمر بين العبد وبين ربه (لا) يوجب حرمة القتال حقاً لله تعالىٰ، والله تعالىٰ لا يعزب عنه مثقال ذرة فيكفي فيه علم المخاطِب من غير أن يشترط فيه علم المخاطَب، ألا ترىٰ أن من حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو نائم يحنث في يمينه في رواية وكذلك لو كلمه وهو قريب، إلا أنه لم يسمع يحنث في يمينه، والمعنىٰ في ذلك

أن اليمين بالله أمر بين العبد وبين الله تعالىٰ، لأنه يوجب البر حقاً لله تعالىٰ ثم لم يشترط فيه علم المخاطب، كذا ولأن معرفتهم لذلك حقيقة أمر باطن لا يوقف عليها، فلا يبنىٰ الحكم عليه، وإنما يبنىٰ الحكم على السبب الظاهر وهو إسماعهم كلمة الأمان، وهذا أصل كبير في الفقه ولهذا شرط إسماعهم، لأن هذا أمر ظاهر يمكن تعليق الحكم به.

وإن لم يسمعوا صوتهم بالأمان لهم فلا أمان لهمُ يحل قتلهم وسبيهم، فقد شرط سماع الأمان لصحة الأمان، وكان ينبغي أن لا يشرط؛ لأن الأمان إسقاط محض وصحة الإسقاط لا تتوقف على سماع المسقط عنه، دليله الطلاق والعتاق، قلنا السماع إنما شرط لتحقق الأمان لا لصحته، لأن الأمان لإزالة الخوف يقال: أمن يؤمن إذا أزال الخوف وإزالة الخوف لا تتحقق قبل سماع الهاتف، فلا يكون الموجود قبل السماع أماناً، لأنه لا يفيد [٢٥أ/ ٢] معناه، وهو: إزالة الخوف.

فإن قيل: إذا قلتم: إن معنىٰ الأمان إزالة الخوف وشرطتم السماع لتحقق معناه، وهو: إزالة الخوف أن يشترط فهم السامع كونه أماناً لأن بدون فهمه ذلك لا يزول عنه الخوف.

قلنا: القياس أن يكون فهم السامع شرطاً لما قلنا لكن تركنا القياس، ولم يشرط الفهم بأثر عمر رضي الله عنه، فإنه روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى جنوده بالعراق إنكم إذا قلتم للعدو: لا تخف أو فترس فهو آمن. لأن الله تعالىٰ يعرف الألسنة كلها، ووجه الاستدلال: أن جنود عمر رضي الله عنه بالعراق، أما إن كانوا يقاتلون العرب أو الفرس أو الروم، والعرب لا تعرف قوله فترس أماناً، والفرس لا تعرف قوله لا تخف أماناً والروم لا تعرف شيئاً من ذلك أماناً، مع هذا ثبت الأمان للكل، فسقط اعتبار الفهم بهذا الأثر وسقوط اعتبار الفهم لا يدل على سقوط اعتبار السماع، لأن في إسقاط اعتبار السماع إسقاط اعتبار شيئين: السماع والفهم.

وفي إسقاط اعتبار الفهم إسقاط اعتبار شيء واحد، وهو الفهم، فلا شك أن إسقاط اعتبار شيئين يكون أكثر من إسقاط اعتبار شيء واحد.

والنص الوارد بخلاف القياس في موضع يكون وارداً فيما هو مثله أو دونه، فلا يكون وارداً فيما هو أكثر منه، فيرد الأكثر إلى ما يقتضيه القياس.

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: إذا نادىٰ رجل من المسلمين أهل الحرب بالأمان فلم يسمعوا صوته، لو قلنا: إن هذا الأمان يصح في حق المنادي لا يبعد، لأنه بالأمان حرمة القتال والاسترقاق على نفسه حقاً لله تعالىٰ، وهو عالم بحاله فيلزمه الوفاء به فيما بينه وبين الله تعالىٰ.

قال محمد رحمه الله: ولو نادوهم من موضع يسمعون صوته إلا أن العلم قد أحاط إلا أن غالب الرأي لا حقيقة العلم، فإن ذلك لا يتحقق هنا، وإنما كان أماناً لأن السماع إن لم يوجد حقيقة فقد وجد اعتباراً.

بيانه: أن سماعهم الأمان حقيقة أمر باطن لا يقف عليه المسلمون فلا بد لنا من بناء

الحكم على السماع، فسقط اعتبار حقيقة السماع وأقيم السبب المؤدي إلى السماع، وهو النداء من موضع يسمع كلام المنادي عادة مقام السماع، بهذا الطريق سقط اعتبار حقيقة الفهم وأقيم السبب المؤدي إلى الفهم، وهو السماع مقام الفهم، فهذه المسألة نص أن العبرة للسماع الحكمي، لا لحقيقة السماع، وسماع الكل ليس بشرط لثبوت الأمان في حق الكل بل سماع الأكثر يكفي، ويقوم ذلك مقام سماع الكل وهو نظير للحجر على العبد المأذون إذا سمع ذلك، لكنه أهل السوق فإنه يصير العبد محجوراً، ويقوم ذلك مقام سماع الكل كذا هنا.

وإذا قالوا لحربي لا تخف أو قالوا له: أنت آمن أو قالوا له لا بأس عليك فهذا كله أمان، لأن هذه الألفاظ تتوالىٰ على معنى واحد في باب الأمان، وهو إزالة الخوف فهو بمنزلة التخلي والعارية والعطية في باب الهبة.

ولو قالوا له لك أمان الله كان أماناً، ولذلك إذا قالوا لك عهد الله أو قالوا لك ذمة الله كان أماناً، لأن الذمة والأمان والعهد بمعنى واحد.

وكذلك إذا قالوا له: تعال تسمع كلام الله كان أماناً؛ لأنه لو قال: تعال واقتصر عليه كان أماناً لما نبين إن شاء الله فههنا أولىٰ.

وكذلك لو قالوا أجرناك كان هذا من ألفاظ الأمان أيضاً، قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ﴾ [التوبة: ٦] ولو أن الأمير قال لجماعة من أهل الحرب معينين وهم في الحصن محصورين اخرجوا إلينا نراوضكم على الصلح وأنتم آمنون، فخرجوا فهم آمنون لأن الأمن بالخروج لمراوضة الصلح أمان دلالة، لأنهم لو كانوا فيئاً ما أمكنهم مراوضة الصلح.

ولو قال لهم: اخرجوا إلينا، ولم يزد على هذا فخرجوا فلا أمان لهم، لأن قوله: اخرجوا يحتمل الخروج للبراز ويحتمل الخروج للأمان، وقد عرفناهم غير آمنين فلا يثبت لهم الأمان بالكلام المحتمل فلو قال لهم رجل: انزلوا إلينا كان أماناً لأنه لفظ فيه معنى الرفق فكان يداً مسالمة فكان أماناً.

ولو قال: اخرجوا إلينا فبايعوا منا واشتروا منا كان أماناً، لأنه إنما يتجر مع المسالم لا مع المحارب، فالأمر بالخروج للتجارة متضمن أماناً.

ولو أن رجلاً من المسلمين أشار إلى رجل من المشركين وهم في حصن أو منعة أن تعال، أو أشار إلى أهل الحصن أن افتحوا الحصن ففتحوا، أو أشار إلى السماء وظن المشركون أن ذلك أمان ففعلوا ذلك الذي أمر به الرجل، وقد كان هذا الذي مصع الرجل معروفاً بين المسلمين وبين أهل الحرب [٢٥ب/ ٢] من أهل تلك الدار أنهم إذا صنعوا كان أماناً، أو لم يكن ذلك معروفاً فهو أمان جائز، أما إذا كان ذلك معروفاً أنهم إذا صنعوا كان أماناً فهو ظاهر، وأما إذا لم يكن معروفاً فلأنه وجد دليل الأمان، فالأمان كما يثبت بالصريح يثبت بالدليل بيان وجود (الدليل) الأمان. أما إذا أشار أن تعال، أو أشار بفتح الحصن لأن المقصود من الإشارة الامتثال، والكافر إنما يمتثله في الإشارة بالمجيء

إليه وبفتح الحصن إذا أقر على نفسه، فتتضمن هذه الإشارة أماناً.

وأما إذا أشار إلى السماء فوجه الدلالة فيه أن كل من استغاث من غيره أو خوف غيره ينظر إلى السماء ويريد بحق إلٰه السماء أن يفعل كذا، وبحق إلٰه السماء أن لا يفعل كذا، وفي باب الأمان معنى هذه الإشارة بحق إلٰه السماء أمسك، بحق إلٰه السماء تركت المحاربة، فهذا هو وجه الدلالة في هذه الإشارة ويحقق هذه الدلالة عندهم، فإن موضوع المسألة أن المشركين ظنوا ذلك أماناً، وخروجهم إلينا دليل عليه، فإنهم لو لم يعتقدوا ذلك أماناً لما خرجوا إلينا، فإن الإنسان لا يجيء أحداً ليقتله، الآن لو لم نجعله أماناً أدىٰ إلى الغرور في حقهم، وإنه حرام.

وقد صح عن عمر رضي الله عنه أنه قال: أيما رجل من العدو أشار إليه رجل يعني من المسلمين بإصبعه أنك إن جئت قتلتك فهو أمر، فلا يقتله يعني إن جاءَ جاءٍ، قال محمد رحمه الله: وبهذا نأخذ، وعلل فقال: لأنه أشار إليه بإشارة الأمان وليس يدري الكافر ما قال فهو آمن معنىً للحديث: أن المسلم يشير إلى العدو بإصبعه بإشارة يفهم منه الدعاء إلى نفسه، والأمر بأن يجيء إليه ويقول بلسانه مع ذلك إن جئت قتلتك فجاءه فهو آمن.

والدليل على أن معنىٰ الحديث ما قلنا أن محمداً رحمه الله ذكر في «السير» بعدما ذكر هذا الحديث عن عمر رضي الله عنه أيضاً بالإسناد الذي ذكر الحديث الذي روينا أنه قال: «أيما رجل من المسلمين أشار إلى رجل من العدو أن تعال، فإنك إن جئت قتلتك فأتاه فهو آمن فلا يقتله»[1] والمعنىٰ ما أشار إليه محمد رحمه الله أنه أشار إليه بإشارة الأمان.

بيان هذا الكلام ما ذكرنا أن المقصود من الدعاء إلى نفسه والأمر بالمجيء إليه للامتثال، وإنما يمتثل الكافر أمره بذلك إذا تضمن أماناً فهو معنىٰ قول محمد رحمه الله: أشار إليه بإشارة الأمان، وقول محمد رحمه الله في التعليل: والكافر ليس يدري ما قال إشارة إلى أن موضوع المسألة أن الكافر لم يفهم مقالة المشير إليه يعني لم يفهم معنىٰ قوله: إن جئت قتلتك، أما لأنه لا يسمع ذلك لبعده منه أو لأنه لا يعرف لسانه، فلا يمكنه استكشاف ذلك قبل أن يقرب منه، فإنما يعتمد على إشارته في الخروج إليه لو لم يعتمد على إشارته ولم يعرفها أماناً لكان لا يخرج خوفاً على نفسه لو لم يجعل ذلك أماناً أدىٰ إلى الغرور في حقهم، وإنه حرام، هذا إذا فهم الكافر الإشارة وعرفها أماناً ولم يسمع قول المشير إن جئت قتلتك أو سمع ولكن لم يفهمه، فأما إذا سمع وفهمه لم يكن ذلك أماناً، وإنه يخرج على المعنىٰ الذي ذكرنا.

وعلى هذا إذا قال المسلم للكافر: تعال حتىٰ أقتلك، فسمع الكافر أول الكلام وفهمه ولم يسمع آخر الكلام أو سمعه إلا أنه لم يفهمه كان أماناً، ولو سمع آخر الكلام

(١) أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ٣١٦٧٣.

وفهمه لا يكون، وعلى هذا إذا قال له المسلم: تعال إن كنت تريد القتال، تعال إن كنت رجلاً فسمع أول الكلام وفهمه ولم يسمع آخر الكلام أو سمع آخر الكلام ولم يفهمه فجاءه كان آمناً، ولو سمع أول الكلام وآخره وفهمه فجاءه لا يكون آمناً، وعلى هذا إذا قال له: تعال حتى أريك ما أصنع بك.

وإذا دخل المسلم أرض الحرب بغير أمان فأخذه المشركون فقال لهم: أنا رجل منكم، أو قال أنا رجل حيث أريد أن أقاتل معكم المسلمين فتركوه حين قال ذلك، فلا بأس بأن يقتل من أحب منهم ويأخذ من أموالهم ما شاء، لأن هذا الذي قال ليس بأمان منه لهم.

بيانه: أن الأمان إنما يثبت إما بالصريح أو بالكناية أو بالدلالة، ولم يصرح بالأمان ولا كنى عنه ولا أتى بما يدل عليه؛ لأن قوله رجل منكم محتمل يحتمل أنا منكم داراً، ويحتمل أنا محارب مثلكم ويحتمل أنا آدمي مثلكم وقوله جئت أريد أقاتل معكم المسلمين يحتمل جئت أريد أن أقاتل معكم أهل البغي إن شئتم فأهل البغي مسلمون [٢٦أ/ ٢].

قال علي رضي الله عنه: «إخواننا بغوا علينا» وكذلك إذا قال: جئت لأنصركم، لا يكون أماناً منه، لأنه محتمل يحتمل لأنصركم بالمنع عن الكفر، والقتال مع المسلمين، فكل ذلك ظلم ومنع الظالم عن ظلمه نصرة له، قال عليه السلام: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً» فقيل: نُصْرته مظلوماً فما نُصْرته ظالماً؟ قال: «أن تمنعه عن الظلم»(١).

وكذلك إذا قال جئتكم لأكثر عددكم؛ لأنه يحتمل أكثر عددكم بأن أجعلكم إرباً إرباً.

ولو أخذ رجل من المسلمين أسيراً من المشركين، فلما أراد أن يقتل الأسير قال الأسير: الأمان الأمان فقال المسلم له مجيباً: الأمان الأمان، ولم يرد المسلم بذلك أمانه وإنما أراد ردَّ ما التمس على وجه التغليظ عليه، يعني أنك تطلب الأمان في هذا الوقت، فهذا حلال الدم لا بأس له أن يقتله، ولكن إن كان المسلمون سمعوا ذلك من صاحبهم منعوه من قتله.

أما له أن يقتله إذا لم يرد به الأمان، فإنما أراد ما التمس، لأنه نوىٰ ما يحتمله لأنه قد يراد بهذا رد الملتمس، فقد نوىٰ ما يحتمله كلامه فيجعل ذلك كالمصرح به ولو صرح بالرد أليس إنه يحل قتله؟ كذا هنا.

حكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال هذا إذا غير المسلم النغمة، بقوله: الأمان الأمان، لأن الغالب أنه إذا أريد بهذا رد الملتمس يغير النغمة، فيقال ذلك على وجه الغلظة والشدة أو يقال على وجه الاستهزاء.

وأما إذا سمع المسلمون ذلك من صاحبهم، فإنما يمنعونه من قتله لأن رد الملتمس وإن كان من محتمل كلامه إلا أنه خلاف الظاهر إذا لم يغير نغمته ولم يعبس وجهه

(١) أخرجه البخاري في المظالم حديث ٢٤٤٤، والترمذي في الفتن حديث ٢٢٥٥، ٢٢٨٢، وأحمد في المسند ٣/ ٩٩، ٢٠١.

فيصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ، لأن البواطن عند الله ظواهر، فلا يصدق في حق من سمع ذلك من العباد، لأنهم لا يقفون إلا على الظواهر. وفي الظاهر هذا أمان فلا يحل لمن سمع ذلك أن يتركه حتىٰ يقتل الأسير.

فإن كان هذا المسلم قرن بكلامه زيادة كلام يعلم منها رد ما التمس بأن قال له: الأمان، لا تعجل حتىٰ تنظر ما تلقى، أو: قال: الأمان، ستعلم أني أؤمنك أو لا، أو ما أشبه ذلك لا يكون لمن سمع ذلك أن يمنعه عن القتل.

ولو أن رجلاً من أهل الحصن بادأ بالأمان، فقال: الأمان الأمان، وهو في الحصن بعد، فقال له المسلمون: الأمان الأمان، أو قال المسلمون: الأمان ابتداء، فرمىٰ المشرك بنفسه إلى المسلمين، فقال المسلمون لم نرد به الأمان، وإنما أردنا به التهديد ورد ما التمسوا لا يلتفت إلى قولهم، فلا يحل لهم قتله وأسره بخلاف المسألة المتقدمة، وهي مسألة الأسير، فإن هناك يحل للآخذ قتل الأسير.

والفرق أن ههنا المشرك في الحصن وقت طلب الأمان إنما خرج اعتماداً على قول المسلم: الأمان؛ لأن هذا أمان ظاهر، فلو اعتبر نيته ولا وقوف للمشرك عليها أدى إلى الغرور بهم وإنه حرام، فأما الأسير فهو مقهور في أيدينا وقت طلب الأمان، فلا يتحقق معنىٰ الغرور بينه وبين المسلم، فيعتبر ما في ضمير المسلم في حقه لأنه عالم بهذه، ولهذا افترقا.

ولو كان المشرك حين نادى بالأمان من الحصن قال له المسلمون: الأمان الأمان أو ما يعدل هذا، وسمع المشرك ذلك ونزل، فلا أمان له، وهذا ظاهر. وكذلك إذا قال المسلمون له: الأمان الأمان انزل إن كنت رجلاً، انزل إن كنت صادقاً وسمع المشرك ذلك فنزل فلا أمان له.

قال الفقيه أبو جعفر: هذا الجواب مستقيم في قوله: انزل إن كنت رجلاً، غير مستقيم في قوله: انزل إن كنت صادقاً، لأن قوله انزل إن كنت رجلاً لا يذكر هذا الكلام إلا لامتحان قدرة المخاطب على الحرب وجرأته، وإنما يحصل ذلك إذا خرج حرباً لنا لا سلماً، فلا يكون ذلك أماناً. أما قوله انزل إلينا إن كنت صادقاً، هذا الكلام يذكر الأمان إن كنت صادقاً في طلب الأمان، فانزل إلينا حتىٰ يتبين لنا صدقك في ذلك، فيجعل أماناً إلا أن يكون ذلك معروفاً فيما بين المسلمين وأهل الحرب أنهم يريدون به التهديد، فحينئذٍ لا يكون أماناً كما ذكر محمد رحمه الله.

نوع آخر في تعليق الأمان بالشرط

يجب أن يعلم بأن الأمان كما يجوز مرسلاً يجوز معلقاً بالشرط، قال عليه السلام يوم فتح مكة: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقىٰ السلاح فهو آمن، ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن»[1].

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد حديث ١٧٨٠، وأبو داود في الخراج باب ٢٥، وأحمد في المسند ٢/ ٢٩٢، ٥٣٨.

والمعنىٰ في ذلك أن الأمان إسقاط محض؛ لأن المؤمن بالأمان يسقط ما ثبت له من حق الاسترقاق والقتل، فكان نظير الطلاق والعتاق فيجوز مرسلاً ومعلقاً بالشرط.

قال محمد رحمه الله: إذا قال المسلمون [٢٦ب/ ٢] لرجل من أهل الحصن: إن دللتنا على كذا وكذا فأنت آمن، أو قالوا: أمناك فلم يدلهم، قال: الإمام بالخيار إن شاء قتله، وإن شاء سباه؛ لأن الأمان هنا حصل معلقاً بالشرط وهو أن يدلهم على كذا، ولم يوجد الشرط فلا يثبت الأمان.

ولو قال: أمناك على أن تدلنا على كذا وكذا، ولم يزيدوا على هذا، فلم يدلهم لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الكتاب»، والجواب فيه أنه على أمانه لا يحل للإمام قتله ولا أسره، لأن الأمان في هذه الصورة حصل مطلقاً غير معلق بالشرط وتم بالقبول إلا أنهم شرطوا عليه في الأمان المطلق أن يدلهم على كذا، فإذا لم يدلهم فلم يف بالمشروط، ولكن عدم الوفاء بالشرط في العقد التام لا يوجب دفعه، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.

وإذا دخل عسكر من المسلمين دار الحرب، فمروا ببعض حصونهم أو مدائنهم فلم يكن للمسلمين بهم طاقة، فأرادوا أن ينفروا إلى غيرهم، فقال لهم أهل المدينة: أعطونا الأمان على أن لا تمروا في هذا الطريق على أن لا نقتل منكم أحداً ولا نأسره، فإن كان الإعطاء خيراً للمسلمين فلا بأس بأن يعطوا ذلك ويأخذوا في الطريق الآخر، وإن كان الطريق الآخر أبعد وأشق على المسلمين.

والخير في ذلك أن يخاف المسلمون أن يتبعوهم فيقتلوا الواحد والاثنين، بلغنا أن رسول الله عليه السلام قبل يوم الحديبية في الموادعة. من الشرط ما هو أعظم من هذا فإن أهل مكة شرطوا عليه أن يرد عليهم كل من أتىٰ مسلماً منهم، ووفىٰ لهم بهذا الشرط لأنه كان خيراً للمسلمين لأنه كان بين أهل مكة وبين أهل خيبر مواطأة أن رسول الله عليه السلام إذا توجه إلى أحد الفريقين أغار الفريق الآخر على المدينة، فوادع أهل مكة حتىٰ يأمن من جانبهم إذا توجه إلى خيبر.

فإن أراد المسلمون بعد ذلك أن يمروا في ذلك الطريق فلا يمرون في طريق آخر لأن ذلك أبعد؛ ليس لهم ذلك حتى ينبذوا إليهم ويعلموهم بالنبذ نفياً للغرور، ولا يقتل المسلمون أحداً منهم ولا يأسرونه، ويكون الأمان عن المرور في الطريق عينوه أماناً عن القتل والأسر، وهذا لأنه إنما طلبوا الأمان عن المرور في الطريق الذي عينوه، إما لئلا يفسدوا زروعهم ولا يأكلوا ثمارهم التي عليه، أو لئلا يروا حصونهم ومواشيهم التي عليه، ولا يروا طرقها فلا يعبرون عليها مرة أخرى. ومن كره فساد زرعه وثماره ورؤية حصونه ومواشيه مخافة الغارة في الثاني كان أكره لقتله وأسره في الحال، فكان طلب الأمان عن المرور في هذه الطريق طلباً للأمان عن القتل وعن الأسر من هذا الوجه.

ولو قال أهل الحصن: أعطونا على أن لا تشربوا من ماء نهرنا هذا حتىٰ ترتحلوا عنا على أن لا نقاتلكم ولا نتبعكم إذا أن. . .

فإن كان في الإعطاء منفعة للمسلمين أعطوهم لما ذكرنا، وبعدما أعطوهم لا ينبغي لهم أن يشربوا وأن يسقوا دوابهم إذا كان ذلك يضر في مائهم بيقين أو كان لا يدري أنه يضر بهم أو لا يضر به. فالوفاء بالشرط واجب سواء كان الشرط مفيداً أو لا يدري أنه مفيد أو ليس بمفيد.

أما إذا كان مفيداً بيقين فظاهر. وأما إذا كان لا يدري، فلأن عند الحال يحمل على الفائدة، لأن العاقل على ما عليه ظاهر حاله لا يشرط شيئاً إلا لفائدة ترجع إليه، والبناء على الظاهر واجب.

وإن احتاج المسلمون إلى الماء، فينبغي أن ينبذوا إليهم ويعلموهم بالنبذ، لأن الشرط في هذه الصورة قد صح ووجب الوفاء به، فما لم يرفع الشرط بالنبذ إليهم مع علمهم كان الوفاء به لازماً.

وإن كان ذلك لا يضير في مائهم بيقين بأن كان الماء كبيراً، فللمسلمين أن يشربوا ويسقوا دوابهم من غير أن ينبذوا إليهم، لأن هذا الشرط لم يصح، لأن لا فائدة فيه، وكل شرط هذا حاله فوجوده والعدم بمنزلة. والجواب في الكلأ نظير الجواب في الماء، لأنه غير مملوك كالماء.

وإن قالوا: أعطونا على أن لا تتعرضوا لشيء من زروعنا وأشجارنا وثمارنا وأعطَوْهم على ذلك ثم احتاج المسلمون إليها، فليس ينبغي لهم أن يتعرضوا لها ما لم ينبذوا إليهم ويعلمهم بالنبذ أضر ذلك بهم أو لم يضر، لأن هذه الأشياء مملوكة لهم وشرط ترك التعرض في الأملاك مفيد لا محالة، فيجب الوفاء به، بخلاف الكلأ والماء، لأنه لا ملك لهم فيها، فشرط ترك التعرض فيها لا يفيد لا محالة، وإنما يفيد إذا كانوا يتضررون به أو لا يدرىٰ هل يتضررون به أو لا؟ فلا يجب الوفاء لا محالة.

وإن قالوا أعطونا على أن لا تحرقوا زروعنا وكلأنا فأعطيناهم على ذلك، فإن علينا أن نفي به، فلا نحرق زروعهم وكلأهم لأنه شرط مفيد [٢٧أ/ ٢] لا محالة، ولا بأس بأن نأكل من ذلك ونعلف دوابنا، وبمثله لو قالوا: أعطونا على أن لا تأكلوا زروعنا وكلأنا فأعطيناهم على ذلك، فإنه لا ينبغي أن نأكل من ذلك وأن نعلف دوابنا وأن نحرق ذلك.

والحاصل أن الأمان عن التحريق لا يكون أماناً عن الأكل والإعلاف، والأمان عن الأكل والإعلاف أمان عن التحريق.

والأصل في جنس هذه المسائل أن الأمان عن الشيء أمان عما هو مثله أو فوقه ضرراً فلا يكون أماناً عما دونه ضرراً، وهذا لأن طلب الأمان للتحرز عن الضرر والمتحرز عن نوع ضرر متحرز عن مثله، وعما هو فوقه من الضرر لا محالة، أما قد يتحرز عما هو دونه وقد لا يتحرز، فصار الأمان عن الشيء أماناً غما هو مثله أو فوقه ضَرراً ولم يصر أماناً عما هو دونه ضرراً من هذا الوجه.

إذا ثبت هذا فنقول: الأكل والإعلاف في الضرر دون الإحراق؛ لأن الإحراق يستأصل، والأكل والإعلاف لا يستأصل، فدخل الإحراق تحت الأمان عن الأكل

والإعلاف، ولم يدخل الأكل والإعلاف تحت الأمان عن الإحراق لهذا.

وإن قالوا: أعطونا على أن لا تحرقوا زروعنا، فلا ينبغي لنا أن نغرقها، ولذلك لو شرطوا علينا أن لا نغرقها، فلا ينبغي لنا أن نحرقها؛ لأن كل واحد منهما في الضرر مثل صاحبه، فالأمان عن أحدهما يكون أماناً عن الآخر.

وإن شرطوا علينا أن لا نخرب قراهم، فلا بأس بأن نأخذ ما وجدنا في قراهم من متاع أو غير ذلك مما ليس ببناء. والأمان عن التخريب لا يكون أماناً عن أخذ المتاع والطعام، لأنه دون التخريب في كونه ضرراً، فالتخريب يمنعهمْ عن المقام في قراهم، وأخذ المتاع لا يمنعهم عن ذلك.

وإن شرطوا علينا أن لا نقتل أساراهم إذا أصبناهم، فلا بأس بأن نأسرهم. ولو شرطوا أن لا نأسر منهم أحداً فلا ينبغي لنا أن نقتلهم ولا أن نأسرهم، فالقتل يدخل بالأمان عن الأسر، والأسر لا يدخل في الأمان عن القتل، وهو بناءٌ على الأصل الذي تقدم ذكره.

نوع آخر في الأمان بالوكيل والرسول

قال: وإذا أذن الإمام لذمي أن يؤمن أهل الحرب فأمنهم جاز أمانه؛ لأن أمان الذمي بإذن الإمام كأمان الإمام بنفسه، ولو أمنهم الإمام بنفسه صح، فكذا إذا أمنهم الذمي بإذن الإمام.

وليس إذا كان الذمي لا يملك الأمان بنفسه يوجب أن لا يملك الأمان بالنيابة عن الغير، ألا ترىٰ أن المسلم إذا وكل ذمياً أن يزوج له مسلمة جاز وإن كان الذمي لا يملك التزوج بالمسلمة لنفسه، وكذلك إذا أمره واحد من المسلمين أن يؤمنهم فأمنهم صح، وطريقه ما قلنا.

ثم هذه المسألة على وجهين:

إما أن يقول الأمير للذمي: أمنهم. أو يقول له: قل لهم إن فلاناً يؤمنكم، وكل وجه من ذلك على وجهين: أما إن قال الذمي لهم: أمنتكم، أو قال: إن فلاناً أمنكم، فإن قال له الإمام: أمنهم، فقال لهم الذمي أمنتكم أو قال: إن فلاناً أمنكم فهو آمان وصاروا آمنين، أما إذا قال: إن فلاناً أمنكم فلأنه وكيل بالأمان والوكالة تتضمن معنى الرسالة، لأن الرسالة دون الوكالة والشيء يتضمن ما هو دونه، فدخلت الرسالة تحت الوكالة، فكان آتياً بما أمر به.

فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع. فإن الوكيل بالبيع إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال: إن فلاناً باعك هذا العبد، فإنه لا يجوز. والفرق أن الوكيل بالبيع بإخراج الكلام، مخرج الرسالة يريد إيجاب العهدة للمشتري على الموكل، والموكل ما رضي بوجوب العهدة للمشتري على نفسه، وإنما رضي بوجوب العهدة للمشتري على الوكيل، فلم يملك أن يجعل نفسه رسولاً حتى لا يلزم الموكل عهده لم يرض بها، وهذا المعنىٰ لا

يتأتى في فصل الأمان، إذ ليس الأمان عهدة ترجع إلى أحد، فلا يصير الوكيل بجعل نفسه رسولاً؛ موجباً على الموكل عهده لم يرض بها، فلهذا افترقا.

وأما إذا قال: أمنتكم فكذلك الجواب، وفيه نوع إشكال لأن الوكيل بالأمان وكيل بعقد لا ترجع العهدة فيه إلى الوكيل، والوكيل بعقد لا تلحقه العهدة فيه رسول. والرسول إذا أضاف العقد إلى نفسه كان مخالفاً، ألا ترى أن الوكيل بالنكاح إذا أضاف العقد إلى نفسه كان مخالفاً، وإنما كان مخالفاً لأنه رسول معنى وإن كان وكيلاً صورة، لأن حقوق النكاح لا ترجع إليه، فصار مخالفاً بالإضافة إلى نفسه كذا هنا. والجواب أن الوكيل بالأمان إن لم يضف الأمان إلى الموكل نصاً، فقد أضافه إليه معنى.

بيانه: أن الأمان لقطع المحاربة بين أهل الحرب وبين الموكل، لا بين أهل الحرب وبين الذمي الوكيل، لأنه لا محاربة بين الذمي وبين أهل الحرب، فصار باعتبار [٢٧ب/ ٢] قيام المحاربة فيما بين الموكل وبين أهل الحرب مضيفاً الأمان إلى الموكل حتىٰ تنقطع المحاربة، واعتبر الوكيل بالأمان بالوكيل بالطلاق والعتاق، فإن الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أضاف الطلاق أو العتاق إلى نفسه صح، فلا يصير مخالفاً مع أنه رسول حتى لا ترجع إليه الحقوق، وإنما لا يصير مخالفاً، لأنه أضاف الطلاق والعتاق إلى الموكل معنى؛ لأن صحة الطلاق تبنىٰ على ملك النكاح، وصحة العتاق تبنىٰ على ملك المحل، وملك النكاح وملك المحل للموكل لا للوكيل، وصحة هذه التصرفات باعتبار الملك، فصار الوكيل مضيفاً العقد إلى الموكل معنى، كأنه قال من حيث المعنى ملك موكلي بخلاف الوكيل بالنكاح، لأن صحة النكاح ليس تبتني على قيام معنى بين الموكل والمرأة، لأن صحة النكاح باعتبار ملك البضع، والبضع ملك المرأة لا ملك الموكل، والمهر يجب في الذمة وللوكيل ذمة قابلة للمهر كما للموكل وإذا كان صحة النكاح لا تبتني على أمر يتعلق بالموكل مضيفاً النكاح إلى موكله لا صورة ولا معنىٰ، والرسول إذا لم يضف العقد إلى المرسل لا نصاً ولا معنىً، يصير مخالفاً به.

وإن قال له الإمام: قل لهم: إن فلاناً أمنكم، فقال لهم الذمي: إن فلاناً أمنكم فهم آمنون، لأنه أتىٰ بما أمر به؛ لأنه أمر بالرسالة، وقد أخرج الكلام مخرج الرسالة، فانتقل عبارته إلى الإمام، فكأن الإمام أمنهم بنفسه.

فإن قال لهم الذمي: أمنتكم، فهذا باطل ولا أمان لهم؛ لأنه لم يأت بما أمر به؛ لأنه أمر بالرسالة وقد أخرج الكلام مخرج الوكالة، والرسالة لا تتضمن الوكالة؛ لأن الوكالة فوق الرسالة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه.

وبهذا الطريق قلنا: إن الرسول في باب الطلاق والعتاق والنكاح إذا أضاف هذه التصرفات إلى نفسه لا تصح، وأما لا يصح لما قلنا.

فإن قيل: إذا كان لا يثبت الأمان في هذه الصورة بقول المأمور لم لا يثبت بقول الآمر للمأمور قل إن فلاناً أمنكم، فهذا لأن قول الآمر للمأمور: قل: إن فلاناً أمنكم إنشاء أمان من الآمر، وإنشاء الأمان من الآمر صحيح. قلنا: إنما لم يثبت الأمان بقول

الآمر وإن كان ذلك إنشاء أمان؛ لأنهم لم يسمعوا قوله، وسماع أهل الحرب الأمان شرط صحة الأمان وتحققه.

وإذا قال رجل من المسلمين لأهل الحصن وهم محصورون: إن الأمير قد أمنكم ففتحوا حصنهم وأعطوا بأيديهم والرجل كاذب لم يكن الأمير أمنهم، أو صادق والأمير قد كان أمنهم فهذه المسألة على أربعة أوجه:

أحدها: أن يكون الحاكي والمحكي عنه مسلمان حران مكلفان، وفي هذا الوجه الأمان ثابت لأهل الحصن سواء كان الحاكي صادقاً أو كاذباً، وسواء كان المحكي عنه أميراً أو واحداً من الرعايا، أما إذا كان صادقاً فظاهر، لأنه رسول من جهة من يملك الأمان، وقد بلغ الرسالة فيثبت الأمان كما لو سمع أهل الحرب ذلك من المحكي عنه.

وأما إذا كان كاذباً فلأنه حكى أمراً يملكه الحاكي والمحكي عنه، ومن حكىٰ عن غيره أمراً كاذباً والحاكي والمحكي عنه كل واحد منهما يملك إنشاء ذلك الأمر يجعل الحاكي منشئاً له، ألا ترى أن حراً لو اشترى عبداً وأقر المشتري أن البائع قد كان أعتقه قبل أن يبيعه، وكان كاذباً فيما أقر يجعل ذلك من المشتري بمنزلة إنشاء العتق، وطريقه ما قلنا.

الوجه الثاني: أن يكون الحاكي والمحكي عنه حربيين مستأمنين أو ذميين، وفي هذا الوجه لا أمان لهم سواء كان الحاكي صادقاً فيما حكى أو كاذباً، إن كان صادقاً، فلأنه رسول، وعبارة الرسول تنتقل إلى المرسل، ولو أمن المرسل بنفسه لا يصح أمانه فكذا هنا.

وإن كان كاذباً فلأن أكثر ما فيه أن يجعل منشئاً للأمان إلا أنه لا يملك الأمان بنفسه، فلا يمكن إثبات الأمان لا بطريق الإخبار ولا بطريق الإنشاء.

وهو نظير ما قلنا في العبد المأذون إذا اشترىٰ عبداً من عبد مأذون، وأقر المشتري أن البائع قد كان أعتقه قبل أن يبيعه لا يثبت العتق، سواء كان المشتري صادقاً فيما قال أو كان كاذباً، وطريقه ما قلنا، كذا هنا.

الوجه الثالث: وإن كان الحاكي مسلماً والمحكي عنه كافراً، فلا أمان لهم سواء كان الحاكي صادقاً أو كان كاذباً، إن كان صادقاً، فلا يعتبر أمان كافر، وإن كاذباً فلأنه لا يمكن أن يجعل ذلك منه إنشاء أمان لأنه أضاف الأمان إلى من لا يملك إنشاءَ [٢٨أ/ ٢] أمان.

ومن حكىٰ عن غيره أمراً لا يملكه المحكي عنه لا يجعل الحاكي بمنزلة المنشيء وإن كان الحاكي يملك، ألا ترى أن حراً لو اشترى من عبد مأذون عبداً ثم إن المشتري أقر أن المأذون قد كان أعتقه فإنه لا يجعل المشتري كالمنشيء للعتق، وطريقه ما قلنا.

الوجه الرابع: وإن كان الحاكي كافراً والمحكي عنه مسلماً فهم آمنون إن كان الحاكي صادقاً فيما حكى، لأنه رسول يعبر أمان المسلم، والذمي يصلح رسولاً عن المسلم وفي الأمان، وإن كان كاذباً فيما حكى فلا أمان لهم لأن أكثر ما فيه أن يجعل

الذمي منشئاً للأمان إلا أن أمان الذمي لا يصح.

ألا ترى أن العبد المأذون إذا اشترىٰ من حر عبداً ثم أقر العبد المشتري أن البائع قد كان أعتقه وكذبه البائع، فإنه لا يثبت العتق وطريقه ما قلنا.

ثم الذمي إذا حكى أمان المسلم وكان صادقاً فيما حكى فهم آمنون إذا أمره المسلم بالتبليغ والرسالة، وهو المذكور في «الكتاب». وأما إذا لم يأمره بالتبليغ والرسالة، فلا ذكر لهذه المسألة في «الكتاب».

واتفق المشايخ على أنه إن كان المحكي عنه أميراً إنهم آمنون، وإن كان المحكي عنه واحداً من الرعايا فقد اختلفوا فيه: بعضهم قالوا: هم آمنون، وبعضهم قالوا: لا أمان لهم.

وجه من قال: إنه لا أمان لهم: أن الرسالة لا تثبت إلا من جهة المرسل إما نصاً أو دلالة، وفي الأمير إن لم يوجد الأمر بالرسالة نصاً وجد الأمر بالرسالة دلالة؛ لأن عادة الأمراء أو الملوك ورسمهم أنهم متىٰ أخبروا بخبر بين يدي جماعة من رعيتهم، فإنما يخبرون به حتىٰ يتبادروا إلى تبليغ ذلك لا ليصير عنها، ومثل هذه العادة لم توجد في حق الرعايا أن واحداً منهم إذا أخبر بخبر بين يدي جماعة، فإنما يخبر به حتىٰ يتبادروا إلى تبليغ ذلك، والذي يؤدي العادة أن الرعية تبع للأمير يمتثلون أمره، فلو أثبتنا الأمر بالرسالة كان فيه فائدة، ولا كذلك واحد من الرعايا، لأن بعض الرعية ليس يتبع للبعض، فلو أثبتنا الأمر بالرسالة لا يكون فيه فائدة، ولا كذلك واحد من الرعايا، لأن بعض الرعية ليس يتبع للبعض، فلو أثبتنا الأمر بالرسالة لا يكون فيه فائدة، فلهذا افترقا، وإذا لم تثبت الرسالة من جهة واحد من الرعايا لا يمكن إثبات الأمان بطريق الرسالة لو ثبت ثبت من جهة الحاكي بطريق الإنشاء، ولا وجه إليه؛ لأن الحاكي ليس من أهل الأمان حتىٰ إن الحاكي لو كان مسلماً نقول بثبوت الأمان من جهته.

وجه قول من قال: إنهم آمنون أن واحداً من الرعايا إنما يقول ذلك غالباً بين أتباعه، ومن يبتدر بتبليغ ذلك فصارت الرعية والأمير سواء من هذا الوجه، فإن قال الأمير في مجلسه قد أمنتهم فلم يسمع ذلك أهل الحرب فلم يبلغهم أحد ذلك من أهل مجلس الأمير حتىٰ نهاهم الأمير أن يبلغوهم ذلك وأمر بمقاتلتهم، فذهب رجل قد سمع ذلك من الأمير، فقال: إن الأمير قد أمنكم، فنزلوا وأعطوا بأيديهم، فإن كان الذي قال ذلك لهم مسلم فهم آمنون، وإن كان الذي قال ذلك لهم ذمياً فلا أمان لهم، وهذا لأن بالنهي ارتفعت الرسالة وصار أهل المجلس محجوراً عن التبليغ، فلو ثبت الأمان بقول هذا القائل لثبت ابتداء لا بطريق العبارة عن الأمير، والمسلم يملك ابتداء الأمان، والذمي لا يملك.

نوع آخر في الأمان بغير إذن الإمام وبعد نهي الإمام

قال محمد رحمه الله: وإذا حاصر المسلمون حصناً، فليس لأحد من المسلمين أن يؤمنهم أو واحداً منهم إلا بإذن الأمير؛ لأن الأمان يتعدىٰ إلى العامة، وما كان مرجعه

إلى العامة ضرراً ونفعاً، فالإمام هو المنصوب للنظر في ذلك، فالافتئات على الإمام في ذلك يرجع إلى الاستخفاف بالإمام، وليس لأحد هذه الولاية.

مع هذا لو أقر صح ائتمانه لظاهر قوله عليه السلام: «يسعىٰ بذمتهم أدناهم»(١) ثم ينظر الإمام في أمانه: إن كان فيه منفعة للمسلمين أمضاه، وإن لم يكن فيه منفعة للمسلمين نبذ إليهم وأعلمهم بذلك وقاتلهم.

وإن أراد الإمام أن يؤدب هذا الرجل على ما صنع فعل ذلك، قالوا: إنما يؤدبه بشرطين: أحدهما: أن لا يكون في أمانه منفعة للمسلمين. والثاني: أن يعلم هذا الأمان منهي عنه شرعاً.

أما إذا كان في أمانهم منفعة للمسلمين. إن أمن واحداً من أهل الحصن ليدلهم على عورات المشركين أو يفتح الحصن، فالإمام لا يؤدبه، لأنه ليس بمنهي عن الأمان في هذه الحالة؛ لأن الأمان إذا كان فيه منفعة للمسلمين نوع من المحاربة، وكل واحد مأمور بالمحاربة شرعاً، ألا ترى أن في هذه الصورة له أن يؤمنهم، وإن لم يأمره الإمام بذلك.

وكذلك إذا لم يكن فيه منفعة للمسلمين [٢٨ب/ ٢]، إلا أن الذي أمن لم يعلم أنه منهي عنه شرعاً، فإنه لا يؤدب على ذلك، واعتبر الجهل عذراً في درء العقوبة.

ولو أن الإمام تقدمه إلى أهل العسكر، فنادى مناديه إن من أمن أهل الحصن أو واحداً منهم، فأمانه باطل فتقدم إليهم في ذلك ونهاهم أن يؤمنوا أحداً من أهل الحصن فأمن رجل من المسلمين رجلاً منهم أو جميع أهل الحصن، فأمانه جائز، لأن أهل الحصن لم يسمعوا نداء الإمام، لأن منادي الإمام نادى عسكر المسلمين لا في الحصن، وإذا لم يسمعوا نداءه يعتمدون على أمان هذا الرجل، فلو لم يصح أمان هذا الرجل أدى إلى الغرور بأهل الحصن، وإنه لا يجوز.

وإن كان الإمام نادى أهل الحصن بخطاب أو كتب إليهم كتاباً أو أرسل إليهم رسولاً يخبرهم أنه إن أمنكم بعض المسلمين فلا تعتبروا بأمانه، فأيما مسلم أمن أحداً منكم دون الأمير أو جماعة أهل العسكر فأمانه باطل، ثم أمنهم رجل من المسلمين، فنزلوا على أمانه، فأمانه باطل والقوم فيء لأهل العسكر، بخلاف الفصل الأول؛ لأن معنىٰ الغرور هنا منتفٍ لما سمعوا نداء الإمام، وعلموا بنفيه عن الأمان، ولا كذلك الفصل الأول.

نوع آخر

إذا قال واحد من أهل الحصن للأمير وهو في الحصن بعد: أمنوني على متاعي فأمنوه، فهو آمن ومتاعه سالم به، ولا يدخل في المتاع دراهم، ولا دنانير، ولا ذهب، ولا فضة، ولا حلي، ولا جواهر، ولا كراع، ولا سلاح، ويدخل ما سوى ذلك من

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

الثياب والفرش وجميع متاع البيت في البيوت تدخل تحت اسم المتاع، وهذا استحسان.

وكأن محمداً رحمه الله اعتبر في ذلك العرف فإن المتاع إذا أطلق في العرف، يراد به جميع ما ينتفع به في البيوت من الثياب والفرش والستور وأواني البيت.

ولو قال: أمنوني على ذريتي فأمنوهم على ذلك فهو آمن، وذريته آمنون. وذريته: أولاده وأولاد أولاده من الرجال كأولاد البنين وإن سفلوا دون أولاد البنات، فقد ذكر هنا أن أولاد البنات لا يدخلون في اسم ذريته، وذكر في موضع آخر أنهم يدخلون، فكأن في المسألة روايتان.

وكذلك إذا قال: أمنوني على أولادي فأمنوه على ذلك فهو آمن وكذلك أولاده لصلبه، وأولاد أولاده من قبل الرجال بني البنين، وأما أولاد البنات فلا يدخلون، هكذا ذكر هنا، وذكر في موضع آخر أنهم يدخلون فصار في المسألة روايتان، وكان الإمام أبو بكر محمد الفضل البخاري رحمه الله يفتي بعدم دخول البنات.

وعلى هذا الوقف والوصية. إذا وقف على أولاده أو أوصىٰ لأولاده هل يدخل فيه بنو البنات فهو على الروايتين، وسيأتي الكلام فيه في كتاب الوقف والوصايا إن شاء الله تعالى.

ولو قال: أمنوني على أولاد أولادي هل يدخل فيه بنو البنات؟ ذكر شيخ الإسلام والقاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمهما الله: أن هذه المسألة على الروايتين أيضاً، وذكر شيخ الأئمة السرخسي رحمه الله: بين هذه المسألة وبين ما تقدم فرقاً، والفرق أن في هذه المسألة ذكر ولد الولد، وولد الولد حقيقة اسم لمن ولدته ولده وابنة ولده، فمن ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة، وفيما تقدم ذكر أولاده وولد. . .[1] في الحقيقة من ولده هو من حيث الحكم من يكون منسوباً إليه بالولادة، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات.

لو استأمن على نفسه ومواليه، وله موال وموالي الموالي، فالقياس على الوصية أن يدخل تحت الأمان مواليه دون موالي مواليه، وفي الاستحسان دخل الكل تحت الأمان.

والفرق أن في الوصية لو دخل موالي الموالي مع الموالي أدى إلى البخس بالموالي، والإنسان لا يضر بالأقرب لنفع الأبعد، وهذا المعنى لا يتأتى في الأمان؛ إذ ليس في إدخال موالي الموالي في الأمان بخساً في حق الموالي.

وهذا هو الفرق بين الأمان والوصية فيما إذا أوصى لأولاده فإن في الوصية لا يدخل ولد الولد مع المولد، ولا الابن مع الابن، وفي الأمان يدخل ولد الولد مع الولد وابن الابن.

ولو قال: أمنوني على إخوتي وله إخوة وأخوات، دخل الكل في الأمان، وهذا الاسم حقيقة للذكور، إلا أن الإناث إذا اختلطوا بالذكور عبر عن الكل بعبارة الذكور،

(١) بياض بالأصل.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ﴾ [النساء: ١٧٦] قيل: وهذا الذي ذكر في «الكتاب» قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي يوسف على قياس الوصية لإخوة فلان يجب أن لا يدخل الإناث، تحت الإناث والخلاف في الوصية مذكور في كتاب الوصايا.

وذكر شيخ الإسلام في «شرح السير الكبير» أن محمداً رحمه الله لم يذكر في بعض نسخ «السير» الخلاف، وذكر في بعض نسخ «السير» الخلاف، وذكر قول أبي حنيفة [٢٩أ/٢] مع أبي يوسف رحمهما الله.

ولو كان له أخوات لا ذكر معهن لا يدخلن في الأمان، لأن الإناث المفردات لا يعبر عنهن بعبارة الذكور.

ولو قال أمنوني على بني وله بنون وبنات، دخلوا في الأمان، ولو كان له بنات ليس معهم ذكر لا يدخلن في الأمان لما قلنا في مسألة الإخوة.

ولو قال: أمنوني على آبائي وله أب وأم دخلا في الأمان؛ لأن اسم الآباء ينطلق على الأب والأم، قال الله تعالىٰ: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النساء: ١١] ولو لم يكن له أب وأم وإنما له جد وجده فلا أمان لهما.

فرق بين الأجداد وبين بني البنين، وكان ينبغي أن لا يقع الفرق لأن ابن الابن كما يسمى ابناً فالجد يسمى أباً، قال الله تعالىٰ: ﴿كَمَآ أَخۡرَجَ أَبَوَيۡكُم مِّنَ ٱلۡجَنَّةِ﴾ [الأعراف: ٢٧]، ولكن الوجه في الفرق أن اسم الأب لأب الصلب حقيقة، وللجد مجازاً، ألا ترى أنه يجوز نفي اسم الأب عنه، يصح أن يقال: هذا جد وليس بأب والكلام بحقيقته حتىٰ يقوم الدليل على مجازه، فأما اسم الابن كما هو حقيقة لابن الصلب، فهو حقيقة لابن الابن أيضاً، ألا ترىٰ أنه لا ينفى عنه هذا الاسم بحال، لا يقال: ابن ابن وليس بابن، وأشار محمد رحمه الله إلى حرف آخر فقال الجد ليس بأب ألا ترى أنه له اسم غير الأب فهو الجد أما لأب ليس له اسم غير الأب.

قال محمد رحمه الله: فإن كان لسانهم الذي يتكلمون به أن الجد والد كما ابن الابن فالجد بمنزلة ابن الابن يدخل في الأمان كما بالفارسية، فإن في الفارسية يقال: بدر بدر كما يقال: بسر بسر، والله أعلم.

نوع آخر
في الحربي الذي يأخذه عسكر المسلمين في دار الحرب، فيقول: جئت لطلب الأمان

ما يجب اعتباره في هذا النوع أن الحربي إذا وقع في أيدينا وادعى أنه جاء طالباً للأمان، فإن لم يكن على ما ادعى نوع علامة أو نوع دليل، فإنه لا يصدق في دعواه ويكون فيئاً، وهذا لأنا لو جعلناه آمناً بمجرد دعواه أنه جاء طالباً للأمان من غير أن يكون على ما ادعاه نوع أمارة أو نوع علامة، لم يتوصل المسلمون إلى سبي كافر أصلاً، لأن ما من كافر حربي يأخذه مسلم إلا ويمكنه أن يقول: جئت طالباً للأمان وهذا أمر قبيح.

وإن كان على ما ادعاه نوع أمارة أو نوع علامة، فإنه يصدق في دعواه ويكون آمناً، وهذا لأن الحاجة قد مست إلى عقد الأمان بيننا وبين أهل الحرب، ومتىٰ لم يجعل الذي جاء طالباً للأمان آمناً لا يلتئم عقد أمان بيننا وبينهم، لأن الأمان غالباً إنما يقع بواسطة الرسل من الجانبين، ولا بدّ للرسول من جانبهم أن يجيء إلى موضع لا ينبغي لهم منعه، وعند ذلك يقع في يد المسلمين، فلو لم يصر آمناً أدى إلى أن لا يلتئم عقد أمان بيننا وبينهم.

وكذلك لا بدّ لتجارهم من دخول دار الإسلام، ولا بد لتجارنا من دخول دار الحرب لإقامة المصالح ودفع الحوائج، فإذا جاء التاجر من أحد الجانبين لطلب الأمان ليدخل دارهم أو دارنا لا بد وأن يسير إلى موضع لا يبقى لأهلهم منعه، ويصير في منعة الفريق الآخر فلو لم يثبت الأمان يقع الامتناع عن التجارة من الطرفين، وفساد ذلك مما لا يخفى على أحد غير أن المجيء لطلب الأمان أو لطلب التجارة أمر باطن لا يوقف عليه، فلا تعتبر حقيقته لبناء الحكم عليها، بل يبنى على دليلها ويقام الدليل مقامه على ما عرف. فإن وجد دليل يدل على مجيئه لطلب الأمان يصير آمناً، وإن لم يوجد دليل يدل عليه يبقىٰ حربياً لا أمان له.

إذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى المسائل:

قال محمد رحمه الله: ولو أن عسكراً من المسلمين دخلوا دار الحرب فوجدوا رجلاً أو امرأة، قال حين وجدوه: جئت لطلب الأمان، فإن لم يكونوا علموا به حتى هجموا عليه فهو فيء ولا يصدق على ذلك، لأنه لم يثبت مجيئه لطلب الأمان بنوع علامة، ألا ترى أنه لم يكن عالماً بهم أو كان مختفياً عنهم حتىٰ هجموا عليه، ولو كان جاء لطلب الأمان لما اختفىٰ عنهم، وإذا لم يوجد نوع دليل أو علامة تدل على مجيئه لطلب الأمان لو ثبت الأمان ثبتت بمجرد قوله: جئت لطلب الأمان، فلا وجه إليه لما ذكرنا.

وإن كان هذا الحربي ممتنعاً في موضع لا يقدر عليه المسلمون، وهم يسمعون كلامه إن تكلم وأرادوه ليقتلوه أو ليأسروه، فلما رأى ذلك لم يتكلم حتى أقبل إليهم ووضع يده في أيديهم فهو فيء، وجميع ما في يده فيء وإن قال: جئت طالباً للأمان، لأنه لم يثبت مجيؤه لطلب الأمان بنوع دليل؛ لأنه كان يمكنه أن ينادي بالأمان من موضعه إذا كانوا يسمعون كلامه، فإذا لم يناد علم أنه ما جاء طالباً للأمان بل جاء محارباً إلا أنه لما رأى المسلمين أرادوه بقتل أو أسر، قال: جئت طالباً للأمان.

توضيحه: أن المسلمين لما أرادوه بالقتل أو بالأسر فكأنهم قالوا له: اخرج للحرب فكان خروجه جواباً لهم، فكأنه خرج للمحاربة.

وإن كان المسلمون لم يتعرضوا له لا بقتل ولا شيء فانحط من ذلك الموضع وجاءهم [٢٩ب/ ٢] يريد الأمان فهو آمن، لأنه ثبت مجيؤه لطلب الأمان بنوع دلالة وعلامة وهو مجيؤه إلينا من غير ضرورة ألجأته إلى ذلك.

وإن كان في موضع حيث لا يسمع المسلمون كلامه ولا يرونه، فانحط من ذلك الموضع وجاء يريدهم وليس معه أحد ولا معه سلاح، فلما كان حيث يسمعهم ناداهم بالأمان وهو في ذلك الموضع ليس بممتنع عن المسلمين فهو آمن، لا سبيل عليه، لأنه يثبت مجيؤه للأمان بنوع دليل، فإنه جاء مجيء المسالمين لا مجيء المحاربين، لأنه جاء بغير سلاح وسعىٰ في طلب الأمان بأقصىٰ ما في وسعه وإمكانه، لأنه كان لا يمكنه أن يطلب الأمان بأسرع من هذا.

ولكن هذا إذا كان الرجل منبسط الوجه، ولم يكن كريه المنظر ولم يكن عليه زي الدعارة، فأما إذا كان كريه المنظر به أثر الفضاضة، فإنه لا أمان له لأن الظاهر من حالة أنه جاء ماكراً لا طالباً للأمان حتىٰ إذا ظفر برجل من المسلمين يقتله ويرجع.

قال: ولو كان معه سلاح إلا أنه ليس به هيئة القتال بأن لم يكن مسدداً رمحه ولا سالاً سيفه، فهو آمن، لأنه ثبت مجيؤه لطلب الأمان بنوع دليل وهو مجيؤه لا على هيئة القتال إلا أنه جاء بالسلاح إما لنفاسته أو ليبيعه في عسكر المسلمين، ويستعين بثمنه في حوائجه، أو ليدفع عن نفسه من يلحقه من الكفار.

ولو جاء به هيئة القتال بأن جاء مسدداً رمحه أو سالاً سيفه نحو المسلمين يقع في قلوب المسلمين أنه يريدهم حتىٰ إذا كان في موضع لا يكون ممتنعاً من المسلمين بادأهم بالأمان فهذا فيء، لأنه جاء مجيء المحاربين لا مجيء طالبي الأمان، فقد عمل في هذه المسألة بغالب الظن مع أن فيه إراقة الدم.

وقد ورد الشرع بما هو أقوى من هذا، فإن من دخل على رجل في داره ليلاً شاهراً سيفه، ومعه آخر يجمع متاع صاحب الدار، وصاحب الدار يخاف أنه إن صاح يشد عليه صاحب السيف ويقتله، كان له أن يشد عليهما فيقتلهما أو يهربا منه. وإن رأى رجلاً في بيته ليلاً أو نهاراً ولا سلاح معه حسن السيرة، عليه سيما الخير ووقع في قلبه أنه هارب من لص أو سبع لا يسعه أن يقتله، فلما جاز العمل بغالب الظن في حق المسلمين قتلاً وتركاً، فكذا في حق أهل الحرب من طريق الأولى.

ولو أن عسكراً نزل ليلاً في أرض الحرب، فجاء رجل من المشركين على الطريق لا يعدوه إلى غيره حتىٰ لقي أول مشايخ المسلمين فسألهم الأمان، وهو في ذلك الموضع غير ممتنع من المسلمين فهو آمن، لأنه ثبت مجيؤه لطلب الأمان بنوع ظاهر وهو مجيؤه على الطريق وسعىٰ في طلب الأمان، فأمضىٰ ما في وسعه؛ إذ لا يمكنه أن يطلب الأمان بأسرع من هذا.

ولو وجدوا رجلاً عليه سلاح وهو في مؤخر العسكر أو عن يمينه أو عن شماله يدخل في وسط العسكر، فلما بصروا به نادى بالأمان فلا أمان له، لأنه إذا كان يدخل في وسط العسكر، فالظاهر أنه يطلب الفرصة ليقتل من يقدر عليه، إلا أنه لما بصروا به نادى بالأمان، ألا ترى أنه يمكنه أن ينادي بالأمان بأسرع من هذا فلما لم يناد علمنا أنه جاء محارباً لا طالباً للأمان، وإن جاء من ذلك أمر مشكل ليس فيه أمر غالب من دليل على أنه

مستأمن أو غير مستأمن ولم يقع في القلوب من ذلك شيء أولاً. الوجه الآخر مثله، يريد به أنه بتساوي الطلبين ما لم يترجح أحدهما على الآخر، فإنه ينبغي للأمير وللمسلمين أن يأخذوه ويخرجوه إلى دار الإسلام ويجعلوه ذمة، ويجروا عليه الخراج ولا يقتلوه ولا يجعلوه فيئاً، ولا يردوه إلى مأمنهم. أما لا يردوه إلى مأمنه لجواز أنه محارب، والمحارب إذا وقع في أيدينا لا يرد إلى مأمن حتىٰ لا يعود حرباً على المسلمين ولا يقتل ولا يسترق، لأنه يجوز أنه جاء مستأمناً، والمستأمن لا يقتل ولا يسترق وإذا تعذر الرد إلى مأمنه وتعذر القتل والاسترقاق بقي محبساً فيما بين المسلمين على التأبيد. والكافر إذا بقي فحبسناه بين المسلمين على التأبيد يجعل ذمة نوى الخراج[1].

نوع آخر
في بيان ما يدخل في الأمان من غير ذكر

وإذا استأمن الرجل الرجل من أهل الحرب إلى أهل الإسلام فخرج معه بامرأته، وقال: هذه امرأتي أو خرج معه بأطفال صغار وقال: هؤلاء أولادي ولم يكن ذكرهم في أمانه، وإنما قال: أمنوني حتىٰ أخرج إليكم إلى دار الإسلام أو إلى عسكركم في دار الحرب، فإن القياس في هذا أن يكون الكل فيئاً غيره، ولكن هذا قبيح فنجعلهم آمنين بأمانه.

وعلى هذا القياس، إذا كان معه شيء كثير، فقال: هؤلاء رقيقي وصدقوه في ذلك أو كانوا صغاراً لا يقرون عن أنفسهم حتىٰ لا يحتاج في ذلك إلى تصديقهم، فإنه يصدق في ذلك مع يمينه استحساناً، والقياس أن يكون جميع ذلك فَيْئاً. وكذلك الدواب والإخوة الذين معه على هذا القياس، والاستحسان.

وجه القياس ما ذكر: الأمان [٣٠أ/٢] في مثل هذه الصورة، إنما يجب بالمعاقدة والعقد كان مضافاً إلى السائل خاصة، فإنه قال: أمنوني، والمسلمون قالوا له في الجواب: أمناك، وكل عقد إلى شخص خاص لا يتعدى إلى غيره، والدليل عليه أن المسلمين إذ حاصروا حصناً أو معمورة فطلب رجل منهم الأمان، فقال: أمنوني على أن أخرج إليكم، أو قال: أمنوني على أن أفتح الحصن لكم فأمنوه فخرج ومعه امرأة أو صبيان وقال: هذه امرأتي، وهؤلاء أولادي كان هو آمناً ومن سواه يكون فيئاً، وطريقه ما قلنا.

وجه الاستحسان: أن هذه الأشياء أتباع للمستأمن من وجه خصوصاً في حق الأمان وليسوا بأتباع من وجه، بل أصول بأنفسهم، أما أتباع من وجه: لأنهم في يده وتحت تصرفه ينقلهم حيث شاء .....[2] أن الحربي إذا أسلم في دار الحرب، فإن أولاده الصغار ومنقولاته لا تصير فيئاً، لأن هذه الأشياء منقولة ينقلها حيث شاء وأحب، ولأنهم

---

(١) نوى الخراج: كذا العبارة بالأصل، ولعل هناك سقط من قلم الناسخ.
(٢) بياض بالأصل.

في نفقته وبيته ولا يستأمنون لأنفسهم بأنفسهم، وإنما يستأمن لهم من كانوا في بيته ونفقته: هو معنى قولنا: إنهم أتباع من وجه خصوصاً في حق الأمان.

وأما أصول من وجه وليسوا بتبع للمستأمن، لأن تبع الإنسان ما يكون متصلاً به، إما اتصال خلقة كأطرافه، أو اتصال مجاورة كلباسه وبيته ومركبه حتى إن من حلف لا يجلس على الأرض، فجلس عليه ونام يحنث في يمينه ولم يجعل لباسه حائلاً بينه وبين الأرض، وإذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل راكباً يحنث في يمينه، كما لو دخل بقدمه فيجب العمل بالتبعية والأصالة بقدر الإمكان، فلا يمكن العمل بهما في حق كل شخص لما بينهما من التنافي في الأحكام؛ لأن أخذها يوجب دخول هذه الأشياء في الأمان، والآخر يمنع فعملنا بشبه التبعية في حق المستأمن من أهل الحرب، فأدخلنا هذه الأشياء تحت أمانه تبعاً له، لأن الأمان في حق الأصل أمان في حق التبع.

ألا ترى أن لباسه الذي عليه ومركبه لا يصير فيئاً جميعاً تبعاً له، لأنه متصل به اتصال مجاورة، وعملنا بشبه الأصالة في حق المحصور، فلم يدخل هذه الأشياء في أمانه.

وإنما عملنا بشبه الأصالة في حق المحصور ليمكننا العمل بالشبهين، لأن الأمن في حق المحصور أضيق ثبوتاً من الأمان في حق المستأمن من أهل دار الحرب الذي هو ليس بمحصر.

ألا ترى أن المحصور من أهل الحرب إذا استأمن ثم انحط وخرج إلى المسلمين فلم يؤمنوه لا يكون آمناً، وغير المحصور إذا خرج إلى دار الإسلام مستأمناً ونادى بالأمان إذا انتهى إلى أدنى مصالح المسلمين أو ثبت مجيؤه مجيء المستأمنين بنوع علامة كان آمناً، فثبت أن الأمان في حق المحصور أضيق، عملنا بشبه التبعية في حق المحصور، فأدخلنا هذه الأشياء في الأمانالعمل بشبه التبعية في حق المستأمن من طريق الأولى، فحينئذٍ يتعطل العمل بالشبهين، ولأن المحصور ما استأمن ليتجر مع المسلمين، وإنما استأمن على نفسه، فإنه كان خائفاً على نفسه من المسلمين، والمستأمن من أهل دار الحرب استأمن ليتجر مع المسلمين لا لنا من نفسه كان آمناً على نفسه في داره من غير أمان، فإنه لم يكن من جهة المسلمينوالتاجر لا بد له من الدواب، والأمتعة، فلهذا عملنا بشبه الأصالة في حق المحصور وبشبه التبعية في حق غير المحصور.

وإن كان معه رجال فقال: هؤلاء أولادي فصدقوه في ذلك فهم فيء قياساً واستحساناً، لأن الأولاد ليسوا بتبع له لا حقيقة ـ وهذا ظاهر ـ ولا حكماً، لأن حكم التبعية في الأولاد الذكور ينقطع بالبلوغ، ولأن الغالب أنهم يستأمنون لأنفسهم بأنفسهم ولا يستأمنهم غيرهم، فلا تبعية في حقهم لا في حق الأمان ولا في شيء آخر، فلا يدخلون في أمانه.

وإن كان معه صغاره وهم يعبرون عن أنفسهم فقال: هؤلاء أولادي وصدقوه في ذلك، فالقياس: أن يكونوا فيئاً، لأن الصغير الذي يعبر عن نفسه ألحق بالبالغ، ألا ترى

أنه لا يثبت نسبه من غيره بالدعوى بدون تصديقه، وألا ترى أنه يصح إقراره بالرق لغيره، وفي الاستحسان لا يصيرون فيئاً، لأنهم في ولايته ويجب تصديقه فكانوا تبعاً له، ألا ترىٰ أنهم يصيرون مسلمين بإسلام أبيهم، ولأن الغالب أن هؤلاء لا يستأمنون لأنفسهم بأنفسهم، بل يستأمن لهم آباؤهم فكانوا تابعين له في الأمان، فيدخلوا في أمانه.

فإن كذبوه فهم فيء للمسلمين، لأن نسبهم لم يثبت عنه عند تكذيبهم إياه، فلم تثبت التبعية في حقهم فلم يدخلوا تحت أمانه، ولو كان معه نساء قد بلغن، فقال: هؤلاء بناتي وصدقنه، فالقياس أن يكن فيئاً قياساً [٣٠ب/ ٢] على الذكور البالغين.

وفي الاستحسان: هن آمنات، لأن الإناث من الأولاد تابعات له من وجه، فإنه هو الذي يتولى عليهن العقود، وكذلك في الأمان، لأن الغالب أنهن لا يستأمن لأنفسهم بأنفسهن وإنما يستأمن لهن الآباء.

وصار الأصل في جنس هذه المسائل أن كل من يستأمن لنفسه في الغالب بنفسه لا يجعل تابعاً لغيره في الأمان، وكل من لا يستأمن لنفسه في الغالب بنفسه يجعل تابعاً لغيره في الأمان. فعلىٰ هذا أمه وجدته وأخواته وعماته وخالاته، وكل ذات رحم محرم منه من النساء تدخل في أمان المستأمن تبعاً للمستأمن، فأما أبوه وجده وأخوه لا يدخل في المستأمن. قال: وكل من كان آمناً بأمان المستأمن.

فعلم أنه كما قال أو ادعىٰ ذلك وصدقه الذي خرج معه فهو أسواء وهو آمن بأمانه، وإن كذبه كان فيئاً.

وإنما شرطنا تصديق الذي خرج معه، لأن المستأمن يدعي عليه أنه عبده أو لغيره أو لولده فيتوقف على تصديقه، فإن كذبه في ذلك لم يثبت كونه تبعاً له فلا يدخل تحت أمانه، وإن صدقه يثبت كونه تبعاً له فيدخل في أمانه. وإن كذبه أولاً ثم صدقه كان فيئاً، لأن بتكذيبه أولاً صار فيئاً لجماعة المسلمين فبتصديقه بعد ذلك يريد إبطال ما ثبت بجماعة المسلمين.

وإن صدقه أولاً ثم كذبه فرقيقه وأولاده الصغار الذين يقرون عن أنفسهم آمنون، فأما أجيره والمرأة الكبيرة إذا أقرت أنها ابنته أو عمته أو خالته ثم قالت ليست كما قلت كانت فيئاً، لأن الأجير والمرأة الكبيرة بتصديقه أولى إلى هو على نفسها بالرق، لأن المستأمن لم يدع عليهما الرق، فبقوا أحراراً فإذا كذبوه بعد ذلك فقد أقروا على أنفسهم بالرق.

والحربي إذا أقر على نفسه بالرق يصح إقراره فأما رقيقه، فإنما كانوا آمنين، لأنهم بتصديق المستأمن أقروا بالرق للمستأمن على أنفسهم، لأن المستأمن ادعىٰ عليهم الرق فإذا صدقوه في ذلك صاروا مقرين بالرق له على أنفسهم بالرق. فإذا كذبوه بعد ذلك فقد أقروا بالرق لغيره فلم يصح إقرارهم الثاني فبقوا عبيداً للمستأمن وعبيده دخلوا تحت الأمان. وأما أولاده الصغار فإنما كانوا آمنين به لأنهم لما صدقوه فيما ادعى أول مرة، فقد صاروا في يده تبعاً له ثم بالتكذيب بعد ذلك يريدون إبطاله، فإخراج أنفسهم بثمن

التبعية، فلا يصدقون على ذلك فبقوا في يده تبعاً له فيدخلون في أمانه.

ذكر في مسألة المحصور إذا استأمن على أن ينزل إلى المسلمين، إنه يدخل في الأمان متاعه وسلاحه الذي لبسه ومركبه وما خرج به معه من ورق أو دينار ونفقته في حقوقه استحسن ذلك قال: وما عدا ذلك فيء، وإنما دخلت هذه الأشياء في الأمان؛ لأنه لا بد للمستأمن من ثياب يستر بها بدنه، إذ لا يمكنه أن يخرج عرياناً، فاعتبر ذلك كبعض أعضائه، ألا ترى أن من حلف لا يجلس على الأرض فجلس عليه ومعه ثيابه يحنث واعتبر ثيابه ببعض أعضائه، ولذلك إذا باع جارية يدخل في البيع ثياب مثلها، وطريقه ما قلنا، ولذلك لا بد له من مركب للخروج، فاعتبر مركبه بقدمه وكذلك لا بد له من سلاح يدفع عن نفسه من منعه من المشركين، وكذلك لا بد له من دراهم ينفقها على نفسه، وعلى دابته، فاعتبر ذلك ببعض أعضائه فدخل هذه الأشياء في الأمان لهذا.

ثم إنما يدخل في الأمان من سلاحه وثيابه سلاح مثله وثياب مثله حتىٰ لو تنكب أو تقلد سيوف أو ظاهر بين والعمائم حتىٰ جعلها كالكاره على رأسه، فإن الزيادة لا تكون له، لأنه لا ضرورة في الزيادة فإن. . . [1] منها فلم تدخل تحت أمانه.

نوع في الأمان ثم نصاب المشركون بعد أمانهم[2]

قال محمد رحمه الله: وإذا أمن رجل من المسلمين ناساً من المشركين، فأغار عليهم قوم آخرون من المسلمين، فقتلوا الرجال وأصابوا النساء والأموال واقتسموا ذلك، وولد لهم منهن أولاد ثم علموا بالأمان، فعلى الذين قتلوا، دية من قتلوا وترد النساء والأموال إلى أهلها ويقدموا للنساء أصدقهن بما أصابوا من فروجهن والأولاد أحرار، المسلمون تبعاً لآبائهم لا سبيل عليهم.

وإنما وجب ضمان النفس والأموال؛ لأن أمان الواحد صار عليه وعلى بقية المسلمين فإذا أغار عليهم قوم من المسلمين، فإنما قتلوا المستأمنين واستهلكوا أموال المستأمنين وقتل المستأمن واستهلاك أمواله يثبت الضمان؛ لأن بالأمان تظهر العصمة والتقوم في أنفسهم وأموالهم اعتباراً للأمان المؤقت [٣١أ/ ٢] بالأمان المؤبد، وهو عصمة الذمة.

وإنما ترد النساء إلى أهلها لأنهن مستأمنات، والمستأمنة لا تسبىٰ ولا تسترق، لكن: إنما ترد النساء بعد ثلاث حيض؛ لأنهن وطئن بشبهة؛ لأنهم إنما وطؤوهن على تقدير أنهم ملكوهن والوطء بشبهة يوجب الاعتداد بثلاث حيض، وفي زمان الاعتداد يوضعن على يدي عدل، والعدل: امرأة عجوز ثقة لا الرجل.

وإنما يرد ما بقي من الأمول على أهلها؛ لأنها بقيت على ملكهم. وإنما يردوا للنساء أصدقتهن؛ لأنهن إنما وطئن بشبهة، والوطء بشبهة يوجب العُقر.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) كذا العنوان بالأصل: ولعله «إصابة المشركين بعد أمانهم» كما يدل السياق.

وإنما يكون الأولاد أحراراً ثابتي النسب منهم؛ لأنهم صاروا مغرورين؛ لأنهم وطؤوهن على تقدير أنهم ملكوهن، وولد المغرور ثابت النسب، ويكون حراً لأن في هذه الصورة الأولاد يكونون أحراراً بغير قيمة؛ لأن فيما عدا هذا الموضع ولد المغرور إنما يكون حراً بالقيمة؛ لأن الأم رقيقة، فيجب أن يكون الولد رقيقاً تبعاً إلا أن الشرع جعله حراً بالقيمة نظراً للمستولد ونظراً لصاحب الجارية وهنا الأم حرة، فالولد يفصل عن أصله فيكون حراً بغير قيمة، ويكون الأولاد مسلمين تبعاً للآباء؛ لأنهم مسلمون والولد يتبع خير الأبوين ديناً.

الفصل الثالث عشر
في النبذ بعد الأمان

يجب أن تعلم أن نبذ الأمان إلى أهل الحرب مشروع ثبت شرعه بالكتاب، والسنّة وإجماع الأمة.

أما الكتاب: فقوله تعالىٰ: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨]، قال ابن عباس رضي الله عنهما: معنىٰ الآية إن كان بينك وبين قوم هدنة في عهد فخفت منهم خيانة ونقضاً للعهد، فانقض ذلك العهد وأعلمهم أنك قد نقضت ما عهدت لهم لتكون أنت وهم في العلم بالنقض على السواء، فينتفي الغرور والخيانة.

وأما السنة: ما روي أن النبي عليه السلام «كان يعطي الأمان للكفار ثم كان ينبذ إليهم»(١)، والصحابة فعلوا ذلك، والأمة أجمعت عليه.

والمعنىٰ في ذلك أن الأمان إنما يصح بشرطين: يكون خيراً للمسلمين بأن كانت القوة للكفرة؛ لأن فيه ترك القتال الذي هو فرض، وإنما ورد الشرع بهذا الشرط، فصار شرط الخير كالمصرح به وصار تقديره كأن المسلمين قالوا: أمناكم الأمان، لنأمن القتال، ولو صرحوا بذلك كان لهم، النقض إذا لم يبن الأمان خيراً لهم ثم إذا انتبذوا الأمان كان لهم أن يقاتلوهم؛ لأن بعد نبذ الأمان في صحته صار الأمر في ما كان قبل الأمان لنا بدون النبذ لا يحل لهم قتالهم، وكذلك إذا وجد النبذ ولم يصح شرعاً لانعدام شرطه لا يحل التصرف؛ لأن قتالهم الذي لا صحة له شرعاً وجوده والعدم بمنزلة.

ثم شرط صحة النبذ أن يعلمهم بالنبذ وأن يكون النبذ على الوجه الذي كان الأمان إن كان الأمان منفعة يجب أن يكون النبذ كذلك، وإن كان غير منتشر بأن أمنهم واحد من المسلمين سهواً يكتفى بنبذ ذلك الواحد، وهو على قياس الإذن والحجر، فالإذن من المولىٰ لعبده إذا كان عاماً منتشراً يشترط الحجر كذلك فإذا لم يكن عاماً منتشراً يكتفى بالحجر كذلك.

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

ومن شرط صحة النبذ أن يكونوا ممتنعين وقت النبذ كما كانوا قبل الأمان، حتىٰ أنهم لو نزلوا عن حصنهم وصاروا في عسكر المسلمين فنبذ إليهم لا يصح النبذ وإن علموا بالنبذ.

ولا يحل قتالهم حتىٰ يصلوا إلى حصنهم، وهذا لأنهم إنما ينزلون عن الحصن ويلتحقون بمعكسر المسلمين لأجل الأمان، وفي تصحيح النبذ قبل تبليغهم مأمنهم غدر لهم وإنه حرام. وكذلك إذا نزلوا عن حصنهم أوكله، ثم نبذ إليهم فإنه لا يصح النبذ حتىٰ يدخلوا حصنهم ويتجمعوا فيه، فحينئذٍ يصح النبذ ويحل القتال، وكذلك يعرفوا رجوع بعضهم إلى دار الإسلام، فنبذ إليهم لا يصح النبذ حتىٰ يدخلوا في بلادهم، ويتحصنوا ويصير لهم شوكة تحرزاً عن الغدر والخيانة.

وإذا كان الأمان من الأمير أو من جماعة من المسلمين، ثم إن واحداً من المسلمين أراد أن ينقضه لا يصح نقضه إلا إذا كان بإذن الأمير أو بإذن الجماعة، لأن عقد الأمان إنما تم بمباشرة الجماعة أو من قام مقامهم وهو الأمير، وتعلق به حق الجماعة، فهذا الواحد يريد إبطال حقهم فلا يقدر عليه، فقد فرق بين أمان الواحد من المسلمين الكفرة وبين نقض واحد من المسلمين للأمان، فجوز الأمان عليه وعلى بقية المسلمين، ولم يجز النقض أصلاً، والقياس أن لا يجوز أمان واحد من المسلمين على بقيتهم لما فيه من إبطال حق الباقين في القتل، لكن عرفنا ذلك بالأثر، وهو [٣١ب/ ٢] قوله عليه السلام: «يسعى بذمتهم»[١]، فلا أثر في النقض فيبقى النقض على أصل القياس.

الفصل الرابع عشر
في الحربي يدخل دارنا بغير أمان

إذا دخل الحربي دارنا بغير أمان، فأخذه واحد من المسلمين لا يختص به الأخذ، ويكون هو فيئاً لجماعة المسلمين، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: هو للآخذ.

وجه قولهما: أن الكافر الحربي في دار الإسلام مباح الأخذ كالحطب والحشيش والصيد، فيختص به الآخذ كما هو في هذه الأشياء.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن هذا الواحد إنما قدر على أخذه بقوة جماعة المسلمين، لولا قوتهم لعارضه الحربي؛ لأنه . . .[٢] مثله، فكان أخذه كأخذ جماعة من المسلمين ألا ترى أن واحداً من أهل الحرب إذا دخل في عسكر المسلمين، في أرض الحرب، فأخذه واحد من المسلمين لا يختص به الآخذ بلا خلاف، وإنما لا يختص لما قلنا، بخلاف الكلأ والحشيش والحطب؛ لأن هناك الآخذ أخذ هذه الأشياء بقوة نفسه،

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه. (٢) بياض بالأصل.

إذ لا يحتاج في أخذه هذه الأشياء إلى قتال ومحاربة. ولا كذلك الحربي.

ثم الذي أخذه واحد من أهل العساكر يخمس، وهذا الذي أخذه واحد من المسلمين في دار الإسلام هل يخمس؟ ذكر شيخ الإسلام أن على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يخمس، لأنه مأخوذ جماعة المسلمين، ومأخوذ جماعة المسلمين يخمس، أخذوه بإذن الإمام أو بغير إذن الإمام.

وعندهما: لا يخمس لأنه مأخوذ الواحد، ومأخوذ الواحد لا يخمس إذا حصل الأخذ بغير إذن الإمام. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في إيجاب الخمس في هذا المأخوذ روايتان عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وكذلك عن محمد رحمه الله.

ولو أن هذا الحربي أسلم قبل أن يأخذه واحد من المسلمين، فعلى قول أبي حنيفة هو في جماعة المسلمين إلا أنه أسلم بعد وقوعه في أيدي المسلمين، وبعدما ثبت لهم حق استرقاقه؛ والإسلام عرف مانعاً ثبوت حق الاسترقاق لا مبطلاً حقاً قد ثبت.

وعندهما: هو حر لا سبيل عليه؛ لأنه فيء يد حقيقة، فلا تعتبر اليد الحكمي بمقابلة اليد الحقيقي، فكان الإسلام مانعاً ثبوت حق الاسترقاق، لا مبطلاً حقاً ثابتاً.

ولو كان هذا الحربي الذي أسلم في دار الإسلام قد رجع إلى دار الحرب قبل أن يأخذه واحد من المسلمين هو حر لا سبيل عليه، أما على قولهما فلأنه لو لم يرجع إلى دار الحرب كان حراً، فلأن يرجع أولى.

وأما على قول أبي حنيفة فلأنه وإن وقع في أيدي المسلمين، وثبت لهم حق الاسترقاق إلا أن يدهم لم... [1] فإذا رجع إلى دار الحرب فقد أزال يدهم قبل التقرير، فصار كأنها لم تثبت، ألا ترى أن الحربي إذا التحق بمعسكر المسلمين فقبل أن يؤخذ هرب إلى منعة الكفار ثم أسلم ثم خرج إلى دار الإسلام كان حراً لا سبيل عليه وطريقه ما قلنا، لو أنه لم يسلم حتى أخذه واحد من المسلمين، ثم قال الآخذ ... [1] قبل هذا فعلىٰ هذا قولهما قبل قوله وهو آمن يرجع إلى دار الحرب متى شاء؛ لأن هذا إقرار على نفسه، فإنه لو لم يؤمنه كان ملكاً له، فهذا الإقرار يبطل ملك نفسه بخلاف ما إذا قال قبل الأخذ: قد كنت؛ لأن ذلك إقرار على الغير، ألا ترى لو أخذ غيره كان مملوكاً للآخذ على قولهما.

وعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه يقبل قوله في حق إسقاط حق القتل، فلا يقبل قوله في حق إسقاط حق الاسترقاق، لأن هذا إقرار على الغير، لأنه لو لم يؤمنه كان فيئاً لجماعة المسلمين عنده.

(١) بياض بالأصل.

الفصل الخامس عشر
في المسلم يدخل الأشياء دار الحرب
وفي الحربي المستأمن يفعل ذلك

قال محمد رحمه الله: لا بأس بأن يحمل المسلم إلى أهل الحرب شيئاً؛ إلا الكراع والسلاح والسبي وأن لا يحمل إليهم شيئاً؛ لأن المسلم مندوب إلى التبعيد عن المشركين، قال عليه السلام: «لا تستضيئوا بنار المشركين»[١]، وقال عليه السلام: «أنا بريء من كل مسلم مع مشرك»[٢] وفي حمل الأمتعة إليهم للتجارة نوع معاونة فمنعهم فالأولى أن لا يفعل، ولأنهم يتقوون بما يحمل إليهم من متاع أو طعام وينتفعون بذلك، والأولى للمسلم أن يتحرز عن تثبيت القوة لهم، إلا أنه لا بأس بذلك في الطعام والثياب ونحو ذلك لما روي أن ثمامة بن ثابت بن الحنفي أسلم في زمن النبي عليه السلام وقطع الميرة عن أهل مكة، وكانوا يمتارون منها، فكتبوا إلى رسول الله عليه السلام يسألونه أن يأذن له في حمل الطعام إليهم فأذن له في ذلك، وأهل [٣٢أ/ ٢] مكة يومئذٍ كانوا حرباً لرسول الله عليه السلام، فعرفنا أنه لا بأس بذلك، وهذا لأن المسلمين يحتاجون إلى بعض ما في ديارهم من الأدوية والأمتعة، فإذا منعناهم ما في ديارنا يمنعون أيضاً ما في ديارهم فحمل بعض ما يوجد في دارنا إليهم أمر لا بد منه، فلهذا رخصنا للمسلمين في ذلك إلا الكراع والسلاح والسبي، فإنه لا يحمل إليهم شيء من ذلك، وذلك منقول عن إبراهيم، وعطاء بن أبي رباح، وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم، وهذا لأنهم يتقوون بالكراع والسلاح على قتال المسلمين وقد أمرنا بكسر شوكتهم وقتل مقاتلتهم لدفع فتنة محاربتهم، كما قال الله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾، [البقرة:١٩٣] فعرفنا أنه لا رخصة في نفوسهم على محاربة المسلمين، وإذا ثبت هذا في الكراع والسلاح ثبت في السبي بطريق الأولى؛ لأنه إما أن يقاتل بنفسه أو يكون منه من يقاتل ويقويهم بالمقاتل وتقويتهم بالمقاتل فوق تقويتهم بالقتال.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «السير الكبير»: المراد من الكراع: الخيل والبغال والحمير والإبل والثيران التي يحمل عليها المتاع، والمراد من السلاح ما يكون معداً للقتال ويستعمل في الحرب سواء يستعمل مع ذلك في غير الحرب أو لا يستعمل وأجناس السلاح بأكبر منه وبأصغر حتى . . . . .[٣] في كراهة الحمل إليهم على السواء، لأن معنىٰ التقوي على قتال المسلمين وكذلك الحديد الذي يصنع به السلاح يكره حمله إليهم؛ لأن الحديد أصل السلاح، والحكم الغالب فيما يحصل من أصل يكون ثابتاً

(١) أخرجه النسائي في الزينة حديث ٥٢٠٩، وأحمد في المسند ٣/ ٩٩.
(٢) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ٥/ ٢٥٣.
(٣) بياض بالأصل.

في الأصل، ألا ترى أن المحرم إذا كسر بيض الصيد يلزمه الجزاء كما يلزمه بقتل الصيد وكذلك الحرير والديباج يكره حمله إليهم، لأنه يصنع منه الذابات[1] والسلاح، والذي هو غير معمول كذلك لأنه يتخذ، فإن كان حمراً من إبريسم أو ثياباً رقاقاً من القز فلا بأس بإيصالها إليهم، لأن ذلك مما لا يتقوى به على القتال، وإنما يستعمل في اللبس فهو نظير ما يستعمل في الأكل.

والحاصل أن ما ليس بسلاح بعينه، فإن كان الغالب عليه أنه يراد للسلاح وقد يراد لغيره لا يحل إيصالها إليهم، لأن الحكم للغالب، والنادر لا يظهر بمقابلة الغالب.

ولا بأس بإدخال القطن والثياب إليهم، لأن الغالب فيه لاستعمال اللبس لا للقتال، وإن كان الغالب عندهم أنهم يقاتلون، فلم يحل إدخال شيء من ذلك إليهم، فلا بأس بإدخال الصفر والشبة إليهم وكذلك الرصاص؛ لأن هذا لا يستعمل للسلاح في الغالب، فإن كانوا يجعلون عظم سلاحهم من ذلك لم يحل إدخال شيء من ذلك إليهم؛ لأن المعتبر عادة كل قوم فيما يبنى عليه الأحكام.

ولا يحل إدخال النسور الحي والمذبوح معها أجنحتها إليهم، لأن الغالب عليه أنه يدخل لريش النشاب والنبل وكذلك العقاب إذا كان يجعل من ريشها من ذلك أيضاً، فإن كانت قائماً يدخل للصيد، فلا بأس بإدخالها بمنزلة الغنم الذي يحمل إليهم للأكل، لأنه إنما يصطاد بها ما يؤكل، والحكم في البازي والصقر كذلك.

وإذا أراد المسلم أن يدخل دار الحرب بأمان للتجارة ومعه فرسه وسلاحه وهو لا يريد بيعه منهم لم يمنع ذلك منه، لأن المسافر يحتاج إلى أن يستصحب هذه الأشياء لمنفعة نفسه، فلا يكون ممنوعاً منه في دار الحرب كما لا يكون ممنوعاً عنه في دار الإسلام، ولكن هذا إذا كان يعلم أن أهل الحرب لا يتعرضون له في ذلك، فكذلك سائر الدواب؛ لأنه يحتاج إلى أن يحمل عليها البر وغيره مما يريد التجارة فيه.

ولكن إن اتهم على شيء من ذلك يستحلف بالله ما يدخله للبيع في دار الحرب حتى يخرجوا إلا من ضرورة، فإن حلف ذلك فقد انتفت هذه التهمة بيمينه، فيترك ليدخله دار الحرب، وإن أبى أن يحلف لم يترك ليدخل شيئاً من ذلك دارهم، وكذلك إذا أراد حمل الأمتعة إليهم في البحر في السفينة؛ لأن السفينة؛ مركب يتقوون بها على حمل الأثقال، وقد يستغلوها للقتال، فيستحلف بالله ما يريد بيعها لا يبيعها حتى يخرجها إلا من ضرورة.

وإن دخل بغلام أو غلامين لخدمته لم يمنع من ذلك لحاجته إليه، وإنما يمنع من ذلك ما يريد التجارة فيه، فإن اتهم استحلف.

فأما الذمي إذا أراد الدخول إليهم بأمان فإنه يمنع أن يدخل فرساً معه أو برذوناً أو سلاحاً؛ لأن الظاهر من حاله أنه يدخل ذلك إليهم للبيع منهم بخلاف المسلم، لأن دينه يمنعه من ذلك، فأما دين الذمي لا يمنعه من ذلك، إلا أن يكون معروفاً [٣٢ب/ ٢]

(١) الذابات: كذا بالأصل، ولعلها كلمة فارسية تعني ثياب الحرب أو في معناه.

بعدائهم مأموناً على ذلك، فحينئذٍ حاله حال المسلم، ولا يمنع من أن يدخل بتجارته على البغال والحمير والعجلة والسفن؛ لأن الظاهر أن هذا لا يحمله إليهم لتقويتهم به على المسلمين بل لحاجته، وكما يحتاج إليه في الإدخال يحتاج إليه في الإخراج لما يأتي به من السلع بخلاف السلاح والفرس، فالظاهر هناك أن يدخله للتجارة لا لحاجته، لأنه يستغني في تحصيله حاجته عن ذلك، ويستحلف أيضاً على ما يدخله إليهم من البغال والسفن والرقيق أنه لا يريد بهم البيع، فلا يبيعهم حتى يخرجهم إلا من ضرورة؛ لأن الواجب على المسلمين الأخذ بالاحتياط على أقصى الوجوه من الذي يقدرون عليه.

والحربي المستأمن في دارنا إذا أراد الرجوع إلى دار الحرب بشيء مما ذكرنا، فإنه يمنع من ذلك لأنه من أهل دار الحرب، وإنما يدخل ليقيم فيها ويكون محارباً للمسلمين كغيرهم، وهو يتقوى بما يدخله من ذلك على المسلمين، فلهذا منع من ذلك.

قال: إلا أن يكون مكارياً سفناً أو دواباً من مسلم أو ذمي، فحينئذٍ لا يمنع منه؛ لأن الظاهر أنه يقصد تحصيل الكراء لنفسه، وإنه يرجع بما يدخل فلهذا لا يمنع منه.

وإذا كان أهل الحرب بحال إذا دخل عليهم التاجر بشيء من هذا لم يدعوه يخرج به ولكنهم. . . (١) فإنه يمنع المسلم والذمي من إدخال الخيل والسلاح والرقيق إليهم، ولا يمنع من إدخال البغال والحمير والثور والبعير؛ لأن هذا مما لا بد له منه، فقد لا يقوى على المشي، وكذا لا يمكنه أن يحمل الأمتعة على عاتقه، وحال تحقق الضرورة مستثنى عن الحظر، ولا يتحقق مثل هذا الضرورة في الخيل والسلاح؛ لأن المقصود يحصل بدونه.

وإنما ينبغي منعه من التجمل والترفه أو زيادة الاحتياط، ثم يمنع في هذا الموضع من إدخال دواب يحمل عليها أمتعة التجارة؛ لأنه لا تتحقق الضرورة في ذلك أيضاً، وإنما تتحقق الضرورة في دابته التي يركبها خاصة؛ لأنه إن لم يركب يضيع، فأما أمتعة التجارة فهو يتمكن من أن يحمل منها على دابته مع نفسه ما لا حمل له ولا مؤونة، والمقصود من الإذن له في الدخول إليهم ما يخرجه مما ينتفع به المسلمون لا بأخذ ما ينتفع به أهل الحرب، وكذلك لا يمنع من إدخال سفينة واحدة يركبها ويكون فيها متاعه؛ لأن ذلك لا بد له منه، فإن أراد إدخال أخرى منع من ذلك؛ لأنه لا تتحقق الضرورة فيها وهذا كله استحسان.

وفي القياس يمنع من جميع ذلك لما فيها من قوة أهل الحرب على قتال المسلمين، فلا رخصة فيه شرعاً، فلا يمكن من أن يدخل إليهم خادماً في هذه الحالة مسلماً كان أو كافراً، لأن الضرورة لا تتحقق فيه، وإنما يراد به معنى التجمل والترفه، ولأن المنع في حق من هو في دار الإسلام أظهر من المنع في الفرس والسلاح.

ولو دخل الحربي إلينا بأمان ومعه كراع وسلاح ورقيق لم يمنع من أن يرجع بما جاء

(١) بياض بالأصل.

به إلى داره؛ لأنا أعطيناه الأمان على نفسه وما معه، فكما لا يمنع من الرجوع إلى دار الحرب للوفاء بالأمان، فكذلك لا يمنع من أن يرجع بما جاء به، فإن آلة القتال لا تكون أقوى من القتال.

فإن باع ذلك كله بدراهم ثم اشترى بها كراعاً أو سلاحاً أو رقيقاً مثل ما كان له أو أفضل مما كان له أو شراً مما كان له، فإنه لا يترك ليدخل شيئاً من ذلك دار الحرب، ولكنه يجبر على بيعه، لأنه ما استحق بالأمان إدخال هذا العين مع نفسه دار الحرب، وما كان له من الحق الأول فقد سقط حين أخرجه من ملكه بيعاً بالدراهم، فكان هذا وما لو أدخل الدراهم دارنا واشترى به هذه الأشياء سواء.

وكذلك لو اشترى ما باعه نفسه أو استقال المشتري البيع منه، فأقاله قبل القبض أو بعده أو رد المشتري بخيار رؤيته أو بخيار اشترطه المشتري لنفسه، لأن خروجه من ملك الحربي قد تم في هذه المواضع، وصار ملكاً للمسلم أو صار المسلم أحق بالتصرف فيه، فقد سقط حق الحربي في إعادته إلى دار الحرب، والتحق بما كان مملوكاً للمسلم في الأصل، فباعه الحربي.

وإن كان الحربي شرط الخيار لنفسه ثم نقض البيع بحكم خياره، فله أن يعود به إلى داره؛ لأنه ما خرج عن ملكه بالبيع إذا شرط الخيار فيه لنفسه بل هو أحق بإمساكه والتصرف فيه، فيبقى باعتباره حق الإعادة الذي كان ثابتاً له قبل البيع.

ولو استبدل الحربي بسيفه فرساً فأدخله في دار الحرب، والأصل في جنس هذا أنه متى استبدل بسلاحه سلاحاً من غير ذلك الجنس لم يمكن من أن يرجع به إلى دار الحرب، ولكن يجبر على بيعه سواء كان ما حصله لنفسه خيراً مما أخرجه عن ملكه أو شراً منه؛ لأن بعقد الأمان لم يثبت له في هذا الجنس حق الإعادة إلى دار الحرب، ولأنه قد يكون من الجنس الذي أخرجه مع نفسه في دارهم كثير أو يغزوهم الجيش الآخر، أو لا يوجد وهو يريد [٣٣أ/ ٢] أن يحصل ذلك لهم ليتقعوا به على قتال المسلمين، وإن كان ما استبدل به من جنس ما أدخله، فإن كان مثل ما أدخله أو شراً مما أدخله لم يمنع من أن يرجع به إلى داره، وإن كان خيراً مما أدخله منع من ذلك؛ لأنه استحق بالأمان إعادة هذا الجنس مع نفسه إلى داره، وإنما تعتبر العين إذا كان مفيداً، فأما إذا لم يكن مفيداً كان المعتبر فيه الجنس. وفيما ينبغي من هذا الجنس عين ما جاء به مثله في حق الحربي سواء وكذلك في الضرر على المسلمين، فأما إذا كان خيراً فيها فهو بر بهذه الزيادة الإضرار بالمسلمين وهو ممنوع من ذلك، فلا بد من أن يثبت حق المنع باعتبار هذه الزيادة، وهي لا تنفصل عن الأصل، فثبت حق المنع في الكل بمنزلة الموهوب إذا ازداد زيادة متصلة، فإنه لا يرجع الواهب في الأصل كما لا يرجع في الزيادة، وإذا صار ممنوعاً من الرجوع به إلى دار الحرب كان مجبراً على بيعه.

وإن استبدل بها مثلها ثم تقايلا البيع، فله أن يعود بما رجع إليه إلى داره إما لأنه سلاحه بعينه، أو لأنه مثل الأول الذي أخرجه بالإقالة من ملكه، وإن استبدل به شراً منه

أو خيراً منه ثم تقايلا البيع فيه لم يكن له أن يخرج به إلى داره في الوجهين.

أما إذا كان استبدل خيراً منه، فلأن الإقالة كالبيع المبتدأ في حق غير المتعاقدين، فيجعل في حق الشرع كأنه اشترى هذا السلاح ابتداء، وهذا لأنه قد سقط حقه بالتصرف بالأول، وصار ممنوعاً من إدخال ما حصل له دار الحرب، فلا يعود حقه بالإقالة.

وإن استبدل شراً منه بهذه الإقالة في حق الشرع كالبيع المبتدأ، وقد استبدل في هذه الإقالة بسلاحه الرديء سلاحاً جيداً، فلا يمكن من إدخاله دار الحرب وحكم الاستبدال بالكراع مثل حكم الاستبدال بالأسلحة في جميع ما ذكرنا.

وإن استبدل بحماره أتاناً أو بفرسه الذكر فرساً أنثىٰ منع من إدخاله دار الحرب وإن كان دون ما أدخل في القيمة؛ لأن في هذا منفعة النسل، وليس في الذي أعطى منفعة النسل، وإنما يكون مقصوده من هذا الاستبدال تحصيل هذه المنفعة لهم فيمنع منه، كما يمنع عند اختلاف الجنس.

وإن استبدل ببغله الذكر بغلة أنثىٰ مثله أو دونه لم يمنع من إدخاله دار الحرب؛ لأن هذا مما لا يلقح وليس فيه معنىٰ النسل أصلاً، وإن استبدل بها فحلاً منع من إدخاله دار الحرب، لأن ما أخذه مما يلقح، وذلك معدوم فيما أعطى.

وإن استبدل بفرسه برذوناً أو برذونة منعه من إدخاله دار الحرب، لأن في كل واحد منه نوع منفعة ليس في الآخر، فالبرذون ألين عطفاً وأصبر على القتال، والفرس أقوى في حالة الطلب والهرب، والظاهر: أنه إنما قصد بهذا الاستبدال تحصيل هذه المنفعة التي تكون حاصلة لهم.

وإن استبدل بفرسه الأنثىٰ فرساً أنثى دونها في الجنس ولكنها أشد منها، وأرجى للنسل منع من أن يدخله دورهم وأجبر على بيعها؛ لأن فيما أخذ نوع منفعة ليس فيما أعطى.

والحاصل أن بعد الاستبدال هو مجبر على بيع ما أخذ إلا أن يعلم أنه مثل ما أعطى في وجوه الانتفاع أو دونه، فإن الاحتياط في هذا الباب واجب وتمام الاحتياط فيما قلنا، فأما في الرقيق سواء استبدلهم بجنس آخر أو بجنس ما عنده مما مثل ما عنده أو دونه أو أفضل منه، فإنه يمنع من إدخاله دار الحرب ويجبر على بيعه؛ لأن ما أخذه من الرقيق فهو من أهل دارنا مسلماً كان أو ذمياً.

والمستأمن ممنوع من استدامة الملك فيمن هو من أهل دارنا على كل حال، بخلاف ما سبق من الكراع والسلاح، وكونه من أهل دارنا معنىٰ يختص به بنو آدم دون الجمادات وسائر الحيوانات تبعاً للجواب هناك على اعتبار زيادة أحدهما رقيق، ومع الآخر سلاح فتبادلا الرقيق بالسلاح أو باع كل واحد متاعه من صاحبه بدراهم لم يمنع كل واحد منهما أن يدخل دار الحرب ما حصله لنفسه؛ لأن المشتري فيما حصل له بهذا التصرف قام مقام البائع، وقد كان البائع ممكناً من إعادته إلى دار الحرب، فيتمكن المشتري منه أيضاً.

ولو أن حربياً من الروم دخل إلينا بأمان بكراع أو سلاح أو رقيق، فأراد أن يدخل ملك أرض الترك أو الديلم أو غيرهم من أعداء المسلمين ليبيعه منهم منع من ذلك، لأنه فيما يدخل دارهم من ذلك بمنزلة مسلم أو ذمي يريد إدخال شيء من ذلك دارهم، وقد بينا أنه ممنوع من ذلك، فالحربي كذلك، وهذا لأنه بعقد الأمان استحق التمكن من إعادة ذلك إلى داره إن شاء، ففي هذا الحكم الواحد هو يفارق المسلم والمعاهد، وأما إدخال ذلك داراً أخرى فليس مما استحقه بعقد الأمان، فيكون ذلك كالمسلم أو المعاهد فلأنه إذا أدخل ذلك أهل دار أخرى، فإنما يريد أن يحدث لهم بذلك قوة [٣٣ب/ ٢] على قتالنا فيمنع منه وينعدم هذا المعنى فيما إذا أعاده إلى دارهم.

وكذلك لو أراد أن يدخل ذلك إلى دار حرب هم موادعون للمسلمين، لأنهم في حكم المحاربين وإن تركوا القتال بسبب الموادعة إلى مدة، ألا ترى أنه لو أراد مسلم إدخال شيء من ذلك إليهم منع، وإن أراد أن يدخل ذلك أرضاً أهلها ذمة للمسلمين لم يمنع من ذلك؛ لأن تلك الأرض من دار الإسلام.

والمستأمن من دارنا لا يمنع أن يتجر في دار الإسلام في أي نواحيها شاء، ولو كان أحد المستأمنين، فتياً من الروم والآخر من الترك ومع أحدهما رقيق ومع الآخر كراع أو سلاح فتبادلا أو اشترى كل واحد منهما متاع صاحبه بدراهم لم يترك واحد منهما ليخرج بما اشترى إلى داره، لأن كل مشتر قام مقام بائعه، وقد بينا أن كل بائع ممنوع من إدخال ذلك في الدار التي منها المشتري بخلاف ما إذا كانا من أهل دار واحدة. وهذا لأن كل قصد كل واحد منهما بهذا التصرف أن يقوي أهل داره علينا بما يدخله فيهم من سلاح هو خلاف جنس ما خرج به، وفي حق هذا المعنى لا فرق بين أن تكون مبادلته مع مسلم أو مستأمن من غير أهل داره إن كانا تبادلا سلاحاً بسلاح من صنعة مثله، فلكل واحد منهما أن يدخل ما أخذ داره لأن هذه المبادلة لو كانت بينه وبين مسلم لم تمنع من إدخال ما حصل له داره فكذلك إذا كان مع مستأمن، وإن كان أحدهما أفضل من الآخر فللذي أخذ أخسهما أن يدخل بالذي أخذ دار الحرب، وليس للذي أخذ أفضلهما ذلك، ولكنه يجبر على بيعه بمنزلة ما لو كانت هذه المبادلة بين المستأمن والمسلم.

وكذلك في حكم الرد بخيار الرؤية وخيار الشرط والرد بالعيب هذا بمنزلة ما لو كانت بينه وبين مسلم في جميع ما ذكرنا، بخلاف ما إذا تبادلا رقيقاً برقيق هما سواء أو أحدهما أفضل من الآخر، فإن هناك لا يجعل المبادلة بينهما بمنزلة المبادلة بين المستأمن والمسلم أو المعاهد، لأن هناك ما يخرج من ملك المسلم أو المعاهد كان من أهل ديارنا، وما يدخل في ملكه يصير من أهل دارنا، وهنا ما يخرج من ملك أحدهما إلى ملك الآخر لم يكن من أهل دارنا، فقلنا عند تحقق المساواة: لا يمنع كل واحد منهما من أن يدخل داره ما صار له، ولئن كان أحدهما أفضل من الآخر لم يمنع الذي أخذ أخسّهما من أن يخرج به إلى داره، ويمنع الذي أخذ أفضلهما من ذلك لأجل الزيادة الممكنة فيما صار له، ولو كانا تبادلا لم يكن لكل واحد منهما أن يدخل ما أخذ داره لأن اختلاف الذكورة والأنوثة في بني آدم اختلاف جنس.

ولهذا لو اشترى شخصاً على أنه عبد، فإذا هي أمة كان البيع باطلاً؛ ولأن كل نوع منهما نوع منفعة غير منفعة صاحبه، فالجارية تطلب للنسل، والغلام للقتال، فلهذا منع كل واحد منهما من أن يدخل داره ما حصل له بهذا التصرف والله أعلم.

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه الأكرمين أجمعين وسلم تسليماً كثيراً.

في مفاداة الأسرى

قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: لا بأس بأن يفادىٰ أسرى المسلمين بأسرى المشركين في أيدي المسلمين من الرجال والنساء، كذا قول أبي يوسف رحمه الله، وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وعنه في رواية أخرى أنه قال: لا يجوز مفاداة الأسير بالأسير.

وجه ظاهر الرواية أن تخليص أسرى المسلمين من أيدي المشركين واجب، فلا يتوصل إلى ذلك إلا بطريق المفاداة، وليس في هذا أكثر من ترك قتل الأسرى المشركين إلا أن ذلك جائز لمنفعة المسلمين، ألا ترى أن للإمام أن يسترقهم والمنفعة في تخليص أسارى المسلمين من أيديهم أظهر.

وأيد ما قلنا حديث عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام فادى نصيراً من المسلمين برجل من المشركين من بني عقيل.

ووجه الرواية الأخرى عن أبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] وفي المفاداة ترك القتل الذي هو فرض، فلا يجوز ترك الفرض مع التمكن من إقامته بحال يوصى أن. . . [1] صاروا مقهورين في أيدينا، فكانوا من أهل دارنا فتكون المفاداة بأهل الذمة، وذلك لا يجوز إذا لم يرض به أهل الذمة وليس في الامتناع من هذه المفادة أكثر من الخوف على أسرى المسلمين إلا أن الأصل لا يجوز ترك قتل المشركين ولا آحادهم ليصيروا حرباً لنا، ألا ترى أنه يفرض الجهاد على المسلمين، ليتوصلوا إلى قتل المشركين وإن كان فيه معنىٰ الخوف على [٣٤أ/ ١] نفوس المسلمين وأموالهم.

فإن أسلم الأسرى قبل أن نفاديهم، فإنه لا تجوز المفاداة بهم بعد ذلك؛ لأنهم صاروا كغيرهم من أهل الإسلام، فلا يجوز تعريضهم للفتنة بطريق المفاداة، والصبيان من المشركين إذا سبوا ومعهم الآباء والأمهات، فلا بأس بالمفاداة؛ لأنهم تبع فلا يصيرون مسلمين وإن حصلوا في دارنا. فأما إذا سبي الصبي وحده، وأخرج إلى دار الإسلام، فإنه لا تجوز المفاداة بعد ذلك، لأنه صار محكوماً له بالإسلام تبعاً للدار، ولذلك إن قسمت الغنيمة في دار الحرب فوقع في سهم رجل أو بيعت تعيّن لغانم فقد صار الصبي محكوماً له بالإسلام تبعاً لمن تعين ملكه رقبته بالقسمة أو الشراء، حتىٰ إذا مات يصلى عليه.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي هذا بيان أنه إذا كان بالغاً تجوز المفاداة به بعد القسمة والبيع، وهو قول محمد رحمه الله، فأما عند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز ذلك إن حكم بصيرورته من أهل دارنا، قد استقر بالقسمة والبيع حتىٰ يصير الملك فيه للمسلم، وكان بمنزلة الذمي في هذه الحالة، فلا تجوز المفاداة.

ومحمد رحمه الله يقول: المعنىٰ الذي لأجله جوزنا المفاداة به قبل القسمة موجودة بعدها، وهو وجوب تخليص المسلمين من يد المشركين. والأصل فيه حديث عمران بن الحصين أن النبي عليه السلام: «افتدى يوم المريسيع سبي بني المصطلق بعدما جرت فيهم السهمان»[1].

وذكر في «المنتقى»: الوالي إذا قسم السبي بين الغانمين، فله أن يشتري هؤلاء السبي فيفادي بهم أسرى المسلمين، وذكر في موضع آخر من «المنتقى»: الإمام إذا قسم السبي، وأراد أن يفادي بما وقع في يد مسلم بعض أسرى المسلمين، وذكر القياس والاستحسان، فقال: القياس إن حبس له أن يأخذ ذلك من المسلمين، وفي الاستحسان: يأخذهم بالقيم، ويفادي بهم المسلمين.

فأما مفاداة الأسارى من المشركين بالمال، فإنه لا يجوز عند علمائنا رحمهم الله، لأن حمل المشركين إلى أن يسلموا يُعَد التمكن منه فرض بقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥]، وفي المفاداة بالمال ترك هذه الفريضة للطمع في عرض الدنيا، وذلك لا يحل. وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِى ٱلْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ ٱلدُّنْيَا﴾ [الأنفال: ٦٧] نزلت الآية يوم بدر حين رغب رسول الله عليه السلام في رأي أبي بكر رضي الله عنه حين أشار عليه بالمفاداة بالمال، فقد كان أبو بكر يتأسف على ذلك، على ما روي أنه جاء خمس مما أسر من الروم يطلبوا المفاداة به، فقال: اقتلوه فلقتل رجل من المشركين أحب إلي من كذا وكذا، وفي رواية أنه لا يفادي به مدين من ذهب فلاناً لعربا بالجهاد لإعزاز الدين، وفي مفاداة الأسير بالمال إظهار منا للمشركين أنا نقاتلهم لتحصيل المال.

فأما قوله تعالىٰ: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد: ٤]، فذلك قد انتسخ بقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾، وقوله تعالى: ﴿لَّوْلَا كِتَٰبٌ مِّنَ ٱللَّهِ سَبَقَ﴾ تفسيرها: لولا أني كنت أحلت لكم الغنائم لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم بدليل قوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾ [الأنفال: ٦٩]، وإن كان المراد تجويز المفاداة، فقد انتسخ ذلك بنزول قوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] لأن سورة براءة من آخر ما نزل، وهو تأويل ما فعله رسول الله عليه السلام من المفاداة يوم بدر في النفوس بالنفوس، عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما رواه الأعرج أن سعد بن النعمان خرج معتمراً بعد وقعة بدر ومعه زوجته شيخان كبيران، وهو لا يخشى الذي كان، فحبسه أبو سفيان بمكة وقال: لا أرسله حتى

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

يرسل محمد ابن عمر وكان أسر يوم بدر، فمشى الخزرج إلى رسول الله ﷺ وكلموه في ذلك، فأرسله ففدوا به سعد بن النعمان، وكذلك فداء الأسارى يومئذ بالمال ثم انتسخ بقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥].

وذكر محمد رحمه الله في «الكتاب» أن رسول الله عليه السلام أفتدى أسارى بدر بالمال؛ لأنهم كانوا يومئذٍ إلى المال في حاجة عظيمة لأجل الاستعداد للقتال، وعند الضرورة لا بأس بالمفاداة بالمال، وعليه يحمل أيضاً ما روي أن النبي عليه السلام لما سبى النساء والذراري من بني قريظة بعث بنصف السبي مع سعيد بن زيد إلى نجد فباعهم من المشركين بالسلاح والخيول والنصف الباقي مع سعد بن عبادة إلى الشام ليشتري بهم السلاح والكراع(١)، وإنما فعل ذلك لحاجتهم كانت إلى السلاح يومئذٍ.

وإن طلبوا في مفاداة الأسير بالأسير أن يعطيهم بعض الصبيان الذي أسرناهم خاصة دون من سواهم معهم من الآباء والأمهات، فلا بأس بذلك وإن كان ذلك تفريقاً بينه وبين فيء الذمة؛ لأن هذا تفريق بحق، وحرمة المسلم الذي وجب تخليصه من المشركين أعظم من حرمة هذا الصبي، فلهذا جوزنا المفاداة وإن كان بعد [٣٤ب/ ٢] القسمة كما هو مذهب محمد رحمه الله.

وكما لا يجوز مفاداة البالغين منهم بالمال فكذا لا يجوز مفاداة الصبيان منهم بالمال؛ لأن الصبي يكبر فيكون منه القتال، ويرجى له نسل يكون منه القتال بخلاف الشيخ والشيخة الذي لا يرجى لهما النسل، لئلا يكون منهما القتال ولا من نسلهما.

ثم في المفاداة يشترط رضا أهل العسكر لما فيه من إبطال حقهم عن الفيء، ولو أبى ذلك ففيما عدا الرجال ليس للأمير أن يفاديهم، وفي الرجال إن كان قبل القسمة فله أن يفاديهم، لأن قبل القسمة له أن يبطل حقهم عن الرجال بغير عوض بالقتل، فلئن يكون له ذلك بعوض أولى، فبعد القسمة ليس له ذلك إلا برضائهم، وإذا جاء رسول ملكهم بطلب المفاداة بالأسارى في مكان، فأخذوا على المسلمين عهداً بأن يؤمنوهم على ما يأتون به من الأسارى حتى يفرغوا من أمر الفداوات لم يتفق رجعوا بمن معهم ممن ليس من المسلمين فإنه ينبغي للمسلمين أن يوفوا بعهدهم، وأن يفادوهم كما شرطوا لهم شرطوا مالاً أو غير ذلك من المفادين المشركين إلا أنه إن لم يتفق بينهم التراضي على المفاداة وأرادوا الانصراف وللمسلمين عليهم قوة، وإنه لا يفهم أن يدعوهم حتىٰ يردوا الأسرى إلى بلادهم، لأن حبسهم أسرى المسلمين ظلم منهم، فلا يحل إعطاء العهد على التقرير على الظلم، فيحق عليهم ترك الوفاء بهذا الشرط، ويدعى الأسرى من بينهم من غير أن يعرضوا لهم بشيء سوى ذلك.

فإن قيل: أليس رسول الله ﷺ قد شرط لأهل مكة يوم الحديبية أن يردوا عليهم من جاء مسلماً وقد وفىٰ ذلك الشرط، فإنه رد أبا جندل بن سهيل على أبيه سهيل بن عمرو،

---

(١) انظر السيرة النبوية لابن هشام ٣/ ٢٥٦.

ورد أبا نصير على من جاء في طلبه قلنا: نعم، ولكن هذا قد انتسخ بالكتاب قال الله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة: ١٠] الآية، وكان لرسول الله عليه السلام يومئذٍ خاصة، قد علم وجه المصلحة فيه بطريق الوحي، فقال: «لا يسألونني اليوم شيئاً إلا أعطيتهم إياه»(١) فأما اليوم فلا ينبغي أن نرد على المشركين مسلماً وأن يترك أحد المسلمين بين أيديهم إذا قدر المسلمون على ذلك بحال.

وإذا جاء مشرك مستأمناً وله عبيد مسلمون قد أسرهم وأحرزهم يجيء بالعبيد معه، وطلب أن يبيعهم بأسرى أهل الحرب، فلا بأس للأمير أن يشتريهم بهم ثم يجعلهم فيئاً للمسلمين إن كان لم يقسمهم يعني لم يقسم أسرى أهل الحرب، وإن كان قسمهم، يعني أسرى أهل الحرب، فلا بأس لمن وقعوا في سهمه أن يشتري بهم العبيد المسلمين؛ لأن هذا بمنزلة مفاداة الأسير بالأسير، وذلك جائز في ظاهر الرواية، إذ المقصود تخليص المسلم عن ذل الكفار، ويستوي في هذا عبيد المسلمين وأحرارهم؛ لأن جواز ذلك بحرمة الدين.

وإن جاء بالعبيد معه، فإن الأمير لا يدعه يرجع لما ذكر ويجبره على بيعهم وكانوا بمنزلة عبيد الكفار أدخلهم مع نفسه فأسلموا، أو اشترى في دار الإسلام عبيداً مسلمين، فإنهم مماليكه لم يجبره الإمام على بيعهم كما يجبر أهل الذمة على ذلك وهذا مثله.

ولو طلب في هذه الحالة أن يبيعهم بأسرى المشركين، فإن الأمير لا يملكه من ذلك، لأنه صار مجبراً على بيعهم بالدراهم والدنانير لما صار مقهوراً في أيدينا والعبيد معه، فيمكنه من أن يبيعهم بأسرى المشركين بعد هذا يكون في معنى مفاداة الأسير بالمال بخلاف الأول، وقد جاء مستأمناً وليس العبيد معه، فلم يصر مجبراً على بيعهم بالدراهم في الحكم.

توضيحه: أن جواز المفاداة بأسرى المشركين بطريق الضرورة، وذلك عند تحقق الحاجة إلى تخليص المسلمين من أيديهم فلا ضرورة هنا، لأن التخليص بطريق آخر، وهو الإجبار على البيع بالدراهم، وبتحقق الضرورة حين لم يأت بالعبيد معه والله أعلم.

ومما يتصل بهذا الفصل

قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: وإذا أسر الحر من المسلمين أو من أهل الذمة، فقال لمسلم أو ذمي مستأمن منهم افدني من أهل الحرب أو اشترني منهم ففعل ذلك، وأخرجه إلى دار الإسلام فهو حر لا سبيل عليه؛ لأن الكفار لم يملكوه بل بقي على الحرية كما كان، ألا ترى أنه لو فدى نفسه أو اشترى نفسه كان حراً لا سبيل عليه، فكذا ههنا. والمال الذي فداه به المأمور دين له على الآمر؛ لأنه أحياه بما أدى من المال حكماً، فهو بمنزلة ما لو أمر مَنْ عليه القصاص رجلاً أن يصالح ولي الدم على مال ويعطيه.

(١) أخرجه البخاري في الشروط حديث ٢٧٣٤، وأبو داود في الجهاد حديث ٢٧٦٥.

توضيحه: أن أمره له بالفداء يحتمل لجواز أن يكون على سبيل التصدق به على الأسير، ويجوز أن يكون على سبيل الإقراض للأسير، وإنما يثبت به أدنى الأمرين عند الإطلاق، ويجعل ذلك استقراضاً من الأسير، فيرجع عليه بجميع [٣٥أ/ ٢] ما أدى في فدائه، أي: مقدار الدية، فإن كان فداه بأكثر من الدية، فإنما يرجع على الأمر بقدر الدية دون الزيادة.

وقيل: ينبغي في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: أن يرجع بجميع ما أدى قل ذلك أو كثر؛ لأنه يراعي مطلق الأمر في الوكالة، والأصح أن هذا قولهم جميعاً؛ لأن هذا ليس بتوكيل بالمفاداة من حيث المعنى، ومن حيث الصورة إن كان فهو توكيل بالشراء، وأبو حنيفة رحمه الله في التوكيل بالشراء لا يخالفهما أنه عند الإطلاق يتقيد بالشراء بالقيمة وقيمة الحر قدر ديتة، فإنما يملك بمطلق الأمر أن يلزمه بالفداء مقدار الدية دون الزيادة على ذلك، فكان في الزيادة كالمتبرع في الفداء عنه بغير أمره، فلا يرجع عليه بقدر الزيادة.

فإن قيل: إن كان بهذا العقد ممتثلاً لأمره، فينبغي أن يرجع عليه بجميع ما فداه، وإن كان مخالفاً لأمره ينبغي أن لا يرجع عليه بشيء كالوكيل بالشراء، إذا خالف واشترى بأكثر من قيمة المبيع تبين ما حبس.

قلنا: هذا إنما يستقيم أن لو كان هذا عقد مقارضة على سبيل المبادلة وليس كذلك، فالحر المسلم ليس بمحل ذلك بل هذا استقراض بمقدار الدية أو دونها، فالآمر صار مستقرضاً من المأمور مقدار ديته ودون ذلك وأمر إليه أن يصرف ذلك في فدائه فهو في ذلك القدر يكون مقرضاً إياه، وفيما زاد على ذلك يكون متبرعاً به، ورجع عليه بما أقرضه دون ما تبرع.

وعلى هذا لو كان المأسور قال له: افدني منهم بألف درهم، فلم يتمكن المأمور من ذلك حتى زاد، فإنما يرجع عليه بالألف خاصة، لأن الرجوع بحكم الاستقراض، وذلك في الألف خاصة، وهذا بخلاف الوكيل بالشراء بألف إذا اشترى بألفين حيث لا يرجع على الموكل بشيء؛ لأن رجوع الوكيل لأنه مهلك نفسه أولاً ثم يملك من الآمر بما يملك به وعند الخلاف لا يتحقق التمليك منه في شيء آخر، فلهذا لا يرجع عليه بشيء من الثمن، أما هنا الرجوع بحكم الاستقراض، وقد تحقق الاستقراض بمقدار الألف.

ولو كان المأسور قال للمأمور: افدني منهم بما رأيت أو بما شئت أو أمرك جائز فيما تفديني به، فإنه يرجع عليه بما فداه به قل أو أكثر؛ لأنه صار مستقرضاً جميع الفداء هنا بخلاف ما تقدم.

فإن كان المأسور عبداً أو أمة، فأمر مستأمناً منهم أن يشتريه أو يفديه منهم ففعل ذلك بمثل قيمته أو أقل أو أكثر فهو جائز، وهو عبد لهذا المشتري؛ لأنهم ملكوه بالأحرار فيملكه هذا الرجل بالشراء، ألا ترى أنه لو اشتراه منهم هذا الرجل ابتداء كان مشترياً لنفسه ويكون عبداً له، فكذلك إذا اشتراه بعد هذه المقالة، فإذا أخرجه يخير مولاه، فإن شاء أخذه بالثمن وإن شاء تركه.

ولو قال العبد اشترني لنفسي منهم أو افدني لنفسي، فإن اشتراه بقيمته أو بغبن يسير، وأخبرهم أنه يشتريه لنفسه فالعبد حر لا سبيل عليه، لأن العبد مثل المأمور نائب نفسه، ولو جعله إنسان آخر نائب نفسه في الشراء كان مشترياً للمنوب عنه وجعل المنوب عنه في حكم العقد كأنه باشر العقد بنفسه، وهنا يجعل العقد في حكم العقد كأنه باشر العقد بنفسه، وهنا يجعل العبد في حكم هذا العبد كأنه اشترى نفسه من مولاه فيعتق.

ثم للمأمور أن يرجع بالفداء على العبد لأن شراءه للعبد بأمره كشرائه لأجنبي آخر بأمره، وهناك إذا أدى الثمن من ماله رجع به على الآمر، وهنا أيضاً يرجع على الآمر؛ لأن أمره في حق نفسه صحيح، فصار هذا كالمستقرض لذلك المال منه. فلو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري حراً من دار الحرب بعينه بمال سماه فاشتراه لم يكن له على الحر الذي اشتراه من ذلك شيء؛ لأنه لم يأمره بما فعل فكان أن يأمر للمأمور أن يرجع على الذي أمره إن كان ضمن له الثمن أو قال: اشتره لي؛ لأنه استعمله فضمن له ما يؤدي من مال نفسه، وإن كان ماله اشتراه لنفسه واحتسب منه لم يرجع بشيء؛ لأنه أشار عليه بما هو شرع وإحسان، ولم يستعمله ولا ضمن له شيئاً، والرجوع عليه بهذا الطريق يكون.

وفي «الفتاوى»: إذا وكل المأسور رجلاً بأن يفديه، فقال الوكيل لرجل آخر: اشتره لي جاز. وكذا لو قال اشتره بمالي؛ لأن في هذين الوجهين صار كأن الوكيل اشتراه لنفسه، وكان له أن يرجع على الآمر.

ولو قال الوكيل الأول للثاني: اشتره، ولم يقل: لي، ولا قال: بمالي، ففعل الوكيل الثاني صار متطوعاً حتى لا يرجع الثاني على أحد، ولا رجوع للأول على الآمر أيضاً لما فسروا والله أعلم بالصواب.

في الانتفاع بالغنيمة ما يحل من ذلك للغازي وما لا يحل

قال محمد رحمه الله في «السير الصغير»: وإذا كان في الغنيمة طعام أو علف، واحتاج إليه رجل من الغانمين، فإنه يأخذ من ذلك مقدار حاجته، فقد قيد الإباحة بطعام الغنيمة وعلقها بالحاجة. وفي «السير الكبير» أباح الانتفاع لحاجة [٣٥ب/ ٢] وتعيين حاجة، فصار [في] المسألة روايتان.

يجب أن تعلم بأن هذه المسألة على وجهين: أما إن كانت الغنيمة في دار الحرب أو أخرجت إلى دار الإسلام، فإن أخرجت إلى دار الإسلام لا يباح لواحد من الغانمين الانتفاع بشيء منها المأكول وحمل من الدواب وغيرها في ذلك على السواء قياساً واستحساناً، وإن كانت الغنائم في دار الحرب فكذلك قياساً؛ لأنها مشتركة بين الكل، فلا يحل لبعض الشركاء الانتفاع بها من غير رضى الباقين.

وفي الاستحسان: يباح لهم الانتفاع بالمأكول والمشروب وعلف الدواب. والأصل فيه قوله عليه السلام يوم خيبر: «أدوا الخياط والمخيط فكلوا واعلفوا»(١) وعن عمر

(١) أخرجه النسائي في الهبة حديث ٣٦٨٨، والدارمي في السير حديث ٢٤٨٧.

رضي الله عنه: أنه كتب إلى عماله أن دعوا الناس يأكلوا ويعلفوا.

والمعنى في ذلك الحاجة والضرورة فبشأن ذلك أن الحاجة إلى المأكول والمشروب وعلف الدواب حاجة دائمة يحتاج إليها في كل يوم مرتين أو أكثر من ذلك، والقليل من ذلك لا يكفي بل يحتاج فيه إلى الكثير، ونقل جميع ذلك من دار الإسلام ومن موضع آخر من دار الحرب متعذر، أما من دار الإسلام فظاهر، وأما من موضع آخر من دار الحرب؛ لأن عند ذلك يتفرقون فيظفر بهم أهل الحرب، فلهذه الضرورة بقي المأكول والمشروب وعلف الدواب على الإباحة الأصلية.

وهذه الضرورة معدومة فيما عدا المأكول والمشروب والطعام والعلف؛ لأنه لا يحتاج إليه في كل وقت، والقليل منه يكفي، فيهيأ لهم نقل ذلك من دار الإسلام إلى دار الحرب، فأخذنا فيه بالقياس، ولهذا قلنا: لا يباح لهم الانتفاع بشيء من الغنيمة في دار الإسلام المأكول والمشروب وعلف الدواب في ذلك على السواء؛ لأن إباحة الانتفاع في دار الحرب كان لأجل الضرورة، والضرورة تندفع بدخولهم دار الإسلام لاستغنائهم عن ذلك بأملاكهم، فترتفع الإباحة، فإن كان أخذ شيئاً من ذلك في دار الحرب ففضل من ذلك شيء فأخرج الفضل إلى دار الإسلام رد الفضل إلى المغنم إذا كانت الغنيمة لم تقسم بعد، وإن كانت الغنيمة قد قسمت وتفرق الغانمون حتى تعذر إيصاله إلى كل واحد من الغانمين تصدق بذلك إن كان غنياً، وإن كان فقيراً أكله؛ لأنه مال مباح لم يعرف صاحبه، وكان بمنزلة اللقطة والحكم في اللقطة ما ذكرنا.

وكما يجوز للغازي أن يأخذ من طعام الغنيمة وعلفها مقدار كفايته يجوز للغازي أن يأخذ منها مقدار ما يكفي عبيده الذين دخلوا معه ليعينوهم على سفرهم، ويقومون على دوابهم وحفظ رحالهم؛ لأنه لا بد للمقاتلة منهم حتىٰ يتفرغوا للقتال، ولذلك يأخذون لنسائهم وصبيانهم الذين دخلوا معهم دار الحرب مقدار كفايتهم لما ذكرنا.

ومن كان دخل دار الحرب ليخدم بعض الجند بأجر، فلا يباح له أن يتناول شيئاً من الغنيمة، وكذلك من دخل دار الحرب للتجارة لا يحل له أن يتناول شيئاً من طعام الغنيمة لحاجة وغير حاجة، حتى أن على رواية «السير الكبير» يستوي فيه الغني، والفقير، فعلى رواية «السير الصغير» قياس ويحلفها.

وكذلك إن كان الرجل الجندي هو الذي حاز طعاماً أو علفاً من بعض المطمورة، وأهدى إلى التاجر لا يحل له التناول؛ لأن الذي جاء به لم يصر مالكاً له، مع هذا لو أكل التاجر من ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأن الغنائم لا تضمن بالاستهلاك قبل الإحراز وقبل القسمة على ما يأتي بيانه بعد هذا: وهذا كله إذا لم ينههم الإمام عن الانتفاع بالمأكول والمشروب.

أما إذا نهاهم عن ذلك لا يباح لهم الانتفاع؛ لأن نهي الإمام يدل على أنه لا حاجة، وبسبب الحاجة يثبت الإباحة، فإذا انعدمت الحاجة انعدمت الإباحة.

ثم على رواية «السير الصغير» لا يباح الانتفاع بالمأكول والمشروب في دار الحرب

عرف بخلاف القياس بالآثار التي رويناها، وإنها تفيد الإباحة مطلقاً من غير فصل بين الغني والفقير، فإن قيل الإباحة. . .[١]، ولكن وهو أن يتفرغوا للقتال ما داموا في دار الحرب؛ لأنه لو لم يكن لهم التناول منها في دار الحرب استعانوا بالكسب لتحصيلها، فلا يتفرغوا للقتال، وإنما تقع الحاجة إلى الكسب، ليتفرغ للقتال في حق الفقير دون الغني قلنا من وجهين:

أحدهما: أن الحكم في المنصوص عليه يتعلق بعين النص لا بعلته، والنص أباح التناول من هذه الأشياء مطلقاً، فيدخل تحته الغني والفقير.

والثاني: إن سلمنا أن الإباحة إنما ثبتت لما ذكرتم، إلا أن الغني إن كان لا يحتاج إلى الكسب حالاً ليحصل هذه الأشياء لإقامة المصالح بها حالاً لغناه يحتاج إلى الكسب في الحال لإقامة المصالح بها في الثاني، فمتى لم نطلق له التناول من هذه الأشياء لغناه يشتغل بالكسب مخافة الحاجة في الثاني [١٣٦أ/ ٢] فلا يتفرغ للقتال، فكان كنفقة القاضي، فإن القاضي يستحق النفقة في بيت المال، كيلا يشتغل في الكسب، فلا تتعطل مصالح الناس، ثم القاضي كما يستحق النفقة في مال بيت المال إذا كان فقيراً يستحق إذا كان غنياً، لأن الغني إن كان لا يحتاج إلى الكسب حالاً لإقامة المصالح بها ما لا يحتاج إلى الكسب حالاً، لإقامة المصالح في الثاني، فيشتغل في الكسب في الحال لو لم يستحق النفقة في مال بيت المال مخافة الحاجة في الثاني.

وهذا بخلاف الثياب والسلاح على رواية «السير الكبير» فإنه لا يباح الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة وضرورة، لأنا إنما أسقطنا اعتبار القياس في المطعوم والمشروب بخلاف القياس بالنص، والنص الوارد ثمة لا يكون وارداً في الثياب، وما بمعناها لنص آخر بخلافه، وهو قوله عليه السلام: «أدوا الخياط والمخيط»[٢]، فكان العمل بصريح النص في الثياب والسلاح أولى من العمل بدلالة النص.

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمة الله عليه في «شرح السير الصغير»: وفي الحقيقة لا فرق بين المطعوم والمشروب والثياب والسلاح، لأن الحاجة معتبرة على رواية «السير الكبير» في المطعوم والمشروب كما أنها معتبرة في السلاح والثياب، إلا أن على رواية «السير الكبير» أقام لون الجنس في دار الحرب مقام الحاجة في حق الطعام؛ لأن كونهم في دار الحرب سبب يؤدي إلى الحاجة غالباً في حق المطعوم والمعلوف من الوجه الذي ذكرنا، وما أقام كونهم في دار الحرب مقام الحاجة في حق السلاح؛ لأن كونهم في دار الحرب ليس بسبب مؤد إلى الحاجة غالباً في حق السلاح، لأنه يمكن لكل واحد منهم غالباً أن يدخل في دار الحرب من السلاح ما يكفيه مدة مقامه في دار الحرب، وإذا تعذر إقامة كونهم في دار الحرب مقام الحاجة في حق السلاح اعتبر في السلاح حقيقة الحاجة لا الحاجة من حيث الاعتبار، ولما أمكن إقامة كونهم في دار الحرب مقام

(١) بياض بالأصل.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه قبل قليل.

الحاجة في حق الطعام والعلف اكتفى في حق الطعام والعلف بالحاجة الاعتبارية بيّن الحاجة في الثياب، فقال: أن يصيبه البرد ولا يجد ما يتدفأ به، ويخاف من ذلك الهلاك على نفسه أو على عضو من أعضائه، إذا كانت الحالة هذه لا بأس أن يأخذ من ثياب الغنيمة ما يتدفأ به، فإذا زالت الحاجة يرده في المغنم.

وإذا وجد ما يشتعل أو يستأجر أو ما يشترىٰ، فلا ضرورة له، فلا يباح الانتفاع بثياب الغنيمة.

وإن وجدوا غنماً، فلا بأس بأن يذبحوها ويأكلوها، وترد جلودها في الغنيمة، أما الذبح والأكل فلأن الشاة مطعومة مأكولة، وإن كان لا يتهيأ أكلها إلا بالذبح، فهي نظير الحنطة والشعير واللحم لا بأس بالتناول منها، وإن كان لا يتهيأ أكلها إلا بمقدمات، ويرد جلدها في المغنم لأن الجلد ليس بمطعوم ولا مشروب.

وإن أصابوا سمسماً أو أو دهن سمسم أو فاكهة يابسة أو رطبة أو سكراً أو بصلاً أو بقلاً أو فلفلاً أو عدا ذلك من الأشياء من جملة طعام الغنيمة، والشرع أباح التناول من طعام الغنيمة، وإنما قلنا: إن هذه الأشياء من طعام الغنيمة؛ لأن الطعام لغة: اسم لما يطعم، وعادة: اسم لما يؤكل عادة للتعيين، إما مقصوداً أو لإصلاح المطعوم، وهذه الأشياء تطعم وتؤكل مقصوداً أو لإصلاح المطعوم.

ولا يجوز أن يتناول شيئاً من الأدهنة والطيب، لأنه ليس بطعام عادة، فلذلك لا يجوز له أن يتناول دهن البنفسج أو دهن الجبري؛ لأنه لا يؤكل عادة فلا يكون طعاماً عادة، فلا يدخل تحت الإباحة.

وإذا احتاجوا إلى الوقود إما للطبخ أو لبرد أصابهم، فلا بأس بأن يوقدوا ما وجدوا من خشبهم وقصبهم إذا كان ذلك معداً للوقود، فقد جوز الانتفاع بالخشب وإن لم يكن الخشب مطعوماً ولا مشروباً؛ لأنه محتاج إليه لإصلاح المطعوم، فمن المطعومات ما لا يتهيأ أكله إلا بالطبخ، فيدخل تحت الإباحة.

وأما إذا كان غير معد للوقود بل هو معد لإيجاد القصاع والأقداح، وله قيمة لا يباح استعماله في الوقود، قال في «السير الكبير»: فكل شيء يؤكل عادة، فلا بأس بالانتفاع به.

وبعد الأكل لا بأس للغازي أن يستصبح بالزيت، وإن كان الزيت مما يؤكل عادة لأنه مما يستصبح به أيضاً، ومنفعة الاستصباح في معنى منفعة الأكل؛ لأن الأكل في الليالي المظلمة لا يتأتى بدون السراج إلا بمشقة شديدة، فكذلك دهن البذر الذي لا يؤكل عادة، وإنما يستصبح بها لا بأس بأن يستصبح بها، فكل ما يوجد في أرض العدو من الأدوية نابتاً، وأخذ منه شيئاً إن كان للمأخوذ قيمة لا ينتفع به، لأنه إذا كان له قيمة يتعلق به حق الغانمين فتصير غنيمة؛ ولا يجوز الانتفاع بشيء من الغنيمة ما عدا المأكول والمشروب والمعلوف، فلا بأس بأن يعلف الدابة الحنطة إذا كان لا يوجد الشعير؛ لأن الحنطة أبيحت للانتفاع بها أكلاً، فكل ما أبيح الانتفاع به يباح [٣٦ب/ ٢] الانتفاع به بجهة أخرى.

وإن وجد في دار الحرب صابوناً أو أشناناً محرزاً، فليس له أن ينتفع به إلا عند الضرورة، وإن كان الأشنان نابتاً في أرض العدو يأخذ من ذلك شيئاً، وإن كان للمأخوذ قيمة لا يباح الانتفاع به إلا عند الضرورة، وإن لم يكن للمأخوذ قيمة جاز الانتفاع من غير ضرورة لما ذكرنا في فصل الأدوية.

فإن أصابوا شجراً في أرض العدو وأخذوا منه خشباً وإن كان له قيمة في ذلك المكان ليس لهم أن ينتفعوا إلا للوقود لطبخ المطعوم أو الاصطلاء به لبرد أصابهم، وإن لم يكن له قيمة في ذلك المكان لكن أحدثوا فيه صنعة صار له قيمة بسبب تلك الصنعة، فلا بأس بالانتفاع به.

وإن خرجوا به إلى دار الإسلام وأراد الإمام قسمة الغنائم إن كان لغير المعمول من ذلك قيمة في ذلك المكان الذي أراد الإمام القسمة فيه، فالإمام بالخيار إن شاء أخذ المصنوع منهم وأعطاهم قيمة ما زاد الصنعة فيه، فيرد المصنوع إلى الغنيمة، وإن شاء باع وقسم الثمن على قيمته معمولاً وغير معمول فما أصاب حصة العمل يعطى للعامل، وما أصاب غير المعمول يرد في الغنيمة، فلا ينقطع حق الغانمين بما أحدثوا من الصنعة، لأنها صنعة لا تجعل المصنوع مستهلكاً، ومثل هذه الصنعة مما لا يوجب انقطاع حق صاحب الغنيمة عن الفيء.

وإن لم يكن له قيمة في دار الإسلام ولا في دار الحرب يسلم لهم؛ لأنه لا يتعلق حق الغانمين بما لا قيمة له في دار الحرب ولا في دار الإسلام.

قال محمد رحمه الله في «السير الصغير»: فإن احتاجوا إلى الثياب والدواب، فينبغي للإمام أن يقسم بينهم في دار الحرب، وإن كان مباشراً أمراً مكروهاً، لأن قسمة الغنائم في دار الحرب مكروهة شرعاً لما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، لأنه باشرها عند الحاجة ومباشرة ما هو حرام يباح عند الحاجة، كأكل الميتة وشرب الخمر، فمباشرة ما هو مكروه لأن يباح عند الحاجة كان أولى.

ثم ذكر في حق الثياب والمباح أن الإمام يقسم، ولم يذكر القسمة في حق السلاح، ولكن قال يستعمله ثم يرده إلى المغنم، ولا فرق بينهما من حيث المعنى، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، في باب السلاح ذكر حاجة الواحد، وفي الثياب ذكر حاجة الكل. وفي الثياب إذا احتاج الواحد لا يقسم كما في السلاح، وفي السلاح لو احتاج الكل قسم كما في الثياب والمتاع.

فإن كان في الغنيمة سبي واحتاج الناس إليها لا ينبغي للإمام أن يقسمه فيما بينهم قبل أن يخرجه إلى دار الإسلام. فرق بين هذا وبين الثياب إذا احتاج الناس إلى الثياب والمتاع كان الإمام أن يقسمها فيما بينهم وإنما كان كذلك، لأن القسمة في دار الحرب مكروهة ومباشرة ما هو مكروه شرعاً لا يحل إلا لحاجة ضرورية متحققة في حق المركوب والملبوس مكروه بسبب هذه الحاجة. فأما الحاجة الضرورية غير متحققة في السبايا؛ لأن الحاجة إلى السبايا؛ حاجة استخدام أو حاجة وطء، وهي ليست بحاجة ضرورية، فلا يحل مباشرة المكروه لمثل هذه الحاجة.

ومما يتصل بهذا الفصل

قال محمد رحمه الله في «السير»: فإذا أصاب رجل من الجند في دار الحرب طعاماً كثيراً فاستغنى عن بعضه، وأراد حمله إلى منزل آخر، وطلب ذلك منه بعض المحتاجين من أهل العسكر إلى ذلك، فإن كان يعلم أنه لا يصيب في ذلك المنزل طعاماً، فلا بأس بأن يمنعه من هذا الطالب، فيحمله على نفسه إلى ذلك المنزل من قبل أن هذا الذي يطلبه محتاج إليه، وهذا الذي يريد حمله إلى المنزل الآخر وهو يعلم أنه يتعذر عليه وجود الطعام هناك محتاج لقضاء، فكلاهما محتاجان وقد سبق إليه الذي هو في يده فهو أولى به.

إن قيل: كيف يكون هذا الذي في يده أولى، وإن الذي يطلبه منه محتاج إليه في الحال فحاجته متحققة، والذي في يده غير محتاج إليه في الحال، والحاجة في المنزل الآخر موهومة غير موجودة.

قلنا له: إن السفر ليس للقرار وهؤلاء ما نزلوا في هذا المنزل للقرار بل هم في كل ساعة معرضون للرحيل، فصار لإشرافهم على الوصول إلى ذلك المنزل كأنهم وصلوا إليه، وكان حاجتهما جميعاً موجودة في الحال معنى ثم السابق إليه أولى. وأما إذا كان أمر المنزل كأحد مثل ما أمر هذا المنزل، والذي طلب منه محتاج إليه فله أن يأخذه، لأن هذا في إمساكه متعنت وإذا كان الآخذ محتاجاً إليه، فإنه لا ينبغي الأخذ منه إلا بطيبة نفسه، لأنه على طلبهم. جميعاً ولهذا الآخذ فضل شيء.

وإن اخذوا ذلك منه فخاصمهم إلى الإمام قبل أن يأكلوا وقد عرف الإمام حاجة الأول إلى ذلك رده الإمام عليه، لأن الآخذ منه مع قيام حاجته متعد، وعلى الإمام إزالة اليد المتعدية، وإن كان الثاني محتاجاً إليه دون الأول لم يسترده منه [٣٧أ/ ٢] الإمام لأنه محق في أخذه منه، وعلى الإمام تقرير اليد المحقة، فأما إذا كانا غنيين عنه فالإمام يأخذه من الثاني فلا يدفعه إلى الأول بل يدفعه إلى غيرهما.

وهذا الحكم الذي ذكرنا في كل ما يكون المسلمون فيه سواء، كالنزول في الرباطات والجلوس في المساجد لانتظار الصلوات والنزول بمنى وعرفات للحج حتى إذا أخذ موضعاً من المسجد فهو أحق به، وإذا بسط الإنسان حصيراً إن بسط بأمره فهو وما لو بسط بنفسه سواء، وإن كان بسط بغير أمره كان للذي بسط أن يعطي ذلك الموضع من شاء.

وإذا ضرب رجل فسطاطه في مكان بمنى وعرفات وقد كان ذلك المكان نزل فيه غيره قبل ذلك معروف بذلك، فالذي بدر إلى ذلك المنزل أحق منه، وليس للآخر أن يحق له منه؛ لأن يده سبقت إليه، والإحراز في المباح يحصل بسبق اليد كما في الصيد والحطب والحشيش.

فإن كان أخذ من ذلك موضعاً واسعاً فوق ما يحتاج إليه، فلغيره أن يأخذ منه ناحية هو لا يحتاج إليها ينزلها معه، لأنه باعتبار سبق يده إنما صار أحق به لحاجته.

ولو طلب ذلك منه رجلان كل واحد منهما يحتاج إلى أن ينزل فيه، فأراد الذي بدر إليه أن يعطيه أحدهما دون الآخر كان له ذلك، لأن حاجة من اختاره وعند قيام حاجته هو أحق به باعتبار يده، فكذلك عند قيام حاجة من اختاره؛ لأنه قد يرغب في مجاورة بعض الناس دون البعض ويعد الإنسان من حوائجه.

والدليل عليه حديث الزبير، فإنه كان يسبق الناس إلى المنازل فيجعل على كل موضع علامة، فإذا جاء أصحابه أعطاهم تلك المنازل التي كان أخذ. ولو بدر إليه أحدهما فنزله فأراد الذي كان أخذه كان في الابتداء وهو عنه غني أن يخرج عنه ونزله محتاجاً أحد لم يكن له ذلك؛ لأن هذا الرأي كان باعتبار يده وقد اعترض عليها يد أخرى هي محقة باعتبار حاجة صاحبها، فليس له ولاية إمطالها عليه، فإن قال إنما كنت أخذته لهذا الآخر بأمره لا لنفسي استحلف على ذلك، لأنه أخبر بأمر محتمل، فيحلف على ذلك بإنكار خصمه وبعد الحلف له أن يخرج من يد الذي بدر إليه؛ لأنه تبين أن يده فيه كانت يد الذي أمره بذلك، وقيام حاجة الآمر تمنع من إثبات اليد عليه، فتبين أن يده يد متعدية، فيؤمر بإزالتها وهذا هو، الحكم أيضاً فيما يفضل من حاجة الآخر من الطعام والعلف، إذا قال أخذته لفلان بأمره.

ولو أن رجلين من أهل العسكر أصاب أحدهما شعيراً، والآخر قصباً فتبادلا، وكل واحد منهما محتاج إلى ما اشترى، ولكل واحد منهما أن يتبادل ما اشترى من صاحبه، وليس هذا ببيع بينهما؛ لأن لكل واحد منهما أن يصيب من العلف مقدار حاجته إلا أن قيام حاجة صاحبه كان يمنعه من الأخذ منه بغير رضاه، فيسترضي كل واحد منهما صاحبه بهذه المبايعة ثم يتناوله كأصل الإباحة بمنزلة الأضياف على المائدة. وإذا تبادل اثنان طعاماً بين يدي كل واحد منهما، لم يكن ذلك بيعاً، ولكن كان كل واحد منهما ممنوعاً من أن يمد يده إلى ما بين يدي غيره بغير رضاه فبعد وجود الرضا بهذا السبب يتناوله كل واحد منهما على ذلك المضيف باعتبار الإباحة منه.

وإن كان كل واحد منهما محتاجاً إلى ما أعطى صاحبه، وصاحبه محتاج إلى ذلك أيضاً، فأراد أحدهما نقض ما صنعا فليس له ذلك؛ لأنه اعترض على يده يد محقة. فإن صاحبه أخذه بطيب نفسه، وقيام حاجته تمنعه من الأخذ كما لو كان هو الذي بدر إليه في الابتداء.

وإن كان البائع محتاجاً إلى ما أعطى، وكان المشتري غنياً عنه، فللبائع أن يأخذ ما أعطى ويذر ما أخذ، لأن صاحبه لو كان هو الذي بدر إليه مع الابتداء وهو غني كان له أن يأخذ منه لحاجته إليه، فكذا إذا كان هو الذي سلمه إليه إلا أن هناك يأخذه من غير أن يعطيه شيئاً، وهنا يرد عليه ما أخذ منه بمقابلته، لأنه إذا لم يرد ذلك عليه كان الأخذ غروراً منه، والغرور حرام حتى لو كان وهبه له كان له أن يأخذه لحاجته إليه إذا كان الموهوب له غنياً عنه من غير أن يعطيه شيئاً بمقابلته، فإن كان حين قصد الاسترداد من صاحبه أعطاه صاحبه رجلاً آخر محتاجاً إليه لم يكن له أن يأخذه؛ منه؛ لأنه هو الذي

سلطه على الدفع إلى غيره فكان، دفعه بنفسه إلى هذا المحتاج ثم أراد أن يأخذ منه وهناك ليس له أن يأخذ منه كذا هنا.

ولو تبايعا وهما غنيان أو محتاجان أو أحدهما غني والآخر محتاج فلم يتقابضا حتى بدا لأحدهما ترك ذلك، فله أن يتركه لأن هذا المبايعة ما كانت معتبرة شرعاً، فإنها لم تصادف محلها، وكان الحال بعدها كالحال قبلها ما لم يتقابضا، فإن هذا الحكم ينبى على اليد ولمجرد المبايعة قبل القبض لا تتحول اليد من أحدهما إلى الآخر.

ولو أقرض أحدهما صاحبه شيئاً على أن يعطيه مثله، فإن كان كل واحد منهما غنياً عن ذلك أو محتاجاً فليس على المستقرض شيء؛ لأنه تناوله [٣٧ب/ ٢] باعتبار أنه من طعام الغنيمة، وإنما الاستقراض كان ليطيب نفس صاحبه بالتسليم إليه، فلا يلزمه شيء باعتباره إذا استهلكه، وإن لم يستهلكه بعد فالمقرض أحق به إذا استرده؛ لأنه ما رضي بتحويل اليد إلى صاحبه إلا بشرط أن يجب له عليه، وقد تعذر باعتبار هذا الشرط فينعدم رضاه، ويصير هذا وما لو أخذه صاحبه منه سواء.

وإن كان الآخذ محتاجاً إليه والمعطي غني عنه فليس له أن يأخذه منه، لأنه لو أخذه بغير رضاه كان هو أحق به لحاجته إليه وغنى صاحبه عنه، فإذا أخذه برضاه أولى.

وإن كانا غنيين عنه حين أقرضه ثم احتاج إليه قبل الاستهلاك، فالمعطي أحق بها لأن حاجتهما إذا اعترضت قبل حصول المقصود، فهو في حكم الموجود عند ابتداء الأخذ وقد بينا أن رضى المعطي لم يتم حين لم يسلم له الشرط، فهو أحق بالاسترداد وإن احتاج إليه الآخذ أولاً ثم احتاج إليه المعطي أو لم يحتج إليه، فلا سبيل له على الأخذ، لأن باعتبار الحاجة الآخذ قد اتصفت يده بالحقيقة، فلا يكون لأحد أن يزيلها بغير رضاه وإن احتاج إلى ذلك. وإن اشترى أحدهما حنطة من صاحبه مما هو غنيمة بدراهم من مال المشتري، فدفع الدراهم وقبض الحنطة فهو أحق بها من غيره، وإذا كان إليها محتاجاً، لأنه أثبت يده عليها بطيب نفس صاحبه وقد تأكدت يده لحاجته، فإن أراد أحدهما نقض البيع والحنطة قائمة بعينها فله ذلك؛ لأن ما جرى بينهما لم يكن بيعاً حقيقة، فإنهما في تناول طعام الغنيمة سواء، فيرد المشتري الحنطة، ويأخذ دراهمه إن كانا غنيين عنها أو كان البائع محتاجاً إليها والمشتري غنياً.

وإن كان المشتري هو المحتاج إليها فعلى البائع أن يرد عليه الثمن، لأنه أخذه من غير سبب معتبر شرعاً والحنطة سالمة للمشتري لأن يده فيه اتصفت بالحقية لحاجته لا لتسليم البائع إليه، فإن البائع إذا كان غنياً عنها كان له أن يأخذها منه بغير رضاه، وإن كان المشتري قد استهلكها فعلى البائع رد الثمن عليه وما استهلكه المشتري سالم له على كل حال، فإن ذهب المشتري ولم يقدر عليه البائع ليرد عليه الدراهم فهي في يده بمنزلة اللقطة إلا أنها مضمونة في يده؛ لأنه قبضها على قصد التملك لنفسه فحكمه حكم ملتقط يقصد التملك بالأخذ ثم يبدوا له ذلك في الإمساك والتعريف والتصدق له بعد التعريف على ما هو معلوم في اللقطة.

فإن رفع أمرها إلى صاحب المغانم والمقاسم، فقال قد أجزت بيعك. فهات الثمن جاز له أن يدفع الثمن إلى صاحب المغانم؛ لأن للملتقط أن يدفع اللقطة إلى الإمام إذا طلب ذلك منه فهذا مثله. فإن جاء صاحب الدراهم بعد ذلك نظر، فإن كان قد استهلك قبل أن يجيز صاحب المغانم البيع فالدراهم مردودة عليه، لأن صحة الإجازة تستدعي بقاء المعقود عليه في يد المشتري، فإن الإجازة في حكم ثبوت الملك للمشتري كإنشاء العقد منه، وإذا تطلب الإجازة وجب رد دراهمه عليه، وإن لم يستهلكها إلا بعد الإجازة، فالدراهم في الغنيمة لأن إجازة صاحب المغانم تنفذ كإنشاء العقد منه.

ولو باع لنفسه الطعام من الغانمين بدراهمهم ذلك جائز، وكان الثمن في الغنيمة، وإن كان هو منشئاً فيما صنع فهذا مثله.

فإن قال المشتري: قد كنت أكلت الحنطة قبل أن يجيز البيع، فرد عليّ الدراهم وحلف على ذلك لم يصدق ولم يرد عليه الدراهم حتى يقيم البينة أنه كان استهلك قبل إجازة البيع، لأن ما عرف قيامه، فالأصل بقاؤه ما لم يعلم هلاكه وهذا لأن الاستهلاك. . . قائماً يضاف بحدوله إلى أقرب الأوقات، ومن أراد إسناده إلى وقت سابق لم يصدق على ذلك إلا بحجة.

ولو أن رجلين أصاب أحدهما حنطة والآخر ثوباً، فأرادا أن يتبادلا فليس لهما ذلك، لأن الذي أصاب الثوب ممنوع من الانتفاع به من غير ضرورة، فيكون ممنوعاً من التصرف فيه أيضاً بخلاف الطعام.

فإن فعلا واستهلك كل واحد منها ما أخذ من صاحبه في دار الحرب فلا ضمان على واحد منهما، لأن بائع الثوب مسيء في البيع؛ لأن حق التصرف في الغنيمة للإمام فهو يصان على رأي الإمام بهذا التصرف، فيكون حتماً فيه، والمشتري للثوب قد استهلك ثوباً من الغنيمة من غير ضرورة له في ذلك، فيكون مسيئاً أيضاً.

وإن لم يستهلكا ذلك حتى رحلا إلى دار الإسلام، فقد وجب على كل واحد منهما رد ما في يده؛ لأن ما جرى بينهما من المبايعة كان باطلاً، فما يزيد كل واحد منها من جملة الغنيمة، وقد تأكد حق الغانمين فيه بالإحراز فعليه رده، وإن استهلكه كان ضامناً؛ لأن الطعام إنما يخالف سائر الأموال قبل تأكد الحق بالإحراز، فأما بعد التأكد فهو كسائر الأموال تجب قسمته بين الغانمين، ولا يحل لأحد منهم أن يتناول شيئاً من ذلك بغير ضرورة، فلهذا كان كل واحد منهما ضامناً لما استهلكه.

وإن [٣٨أ/ ٢] كانا في دار الحرب بعد ولم يستهلكا ذلك فعلى الذي قبض الثوب أن يرده في الغنيمة كما لو كان هو الذي أصابه ابتداء. وأما الذي قبض الحنطة فالحكم في حقه ما هو الحكم في الفصل الأول من اعتبار حاجتهما أو إغناهما أو حاجة الآخذ دون المعطي، أو المعطي دون الآخذ في جميع ما ذكرنا.

وإن كان المشتري للحنطة قد ذهب بها فلا يوقف على أثره أخذ صاحب المغانم الثوب ممن في يده، كما لو كان هو الذي أخذه ابتداء وإن كان الآخذ للثوب هو الذي لم

يوقف عليه فإن صاحب المغانم لا يفرض لمشتري الحنطة بشيء ما داموا في دار الحرب، بمنزلة ما لو كان هو الذي أصابها في الابتداء، فإن أخرجها قبل أن يأكلها أخذها منه صاحب المغانم ويجعلها في الغنيمة، والله أعلم.

ومما يتصل بهذا الفصل أيضاً

ولو أن رجلاً من أهل العسكر استأجر رجلاً ليعلف له، فذهب الرجل إلى بعض المطامير وأتاه بذلك العلف، ثم قال: قد بدا إليّ أن لا أعطيك هذا وآخذه لنفسي وأرد عليك الأجر وأبى المستأجر إلا أن يأخذه، فإن أقر الأجير أنه جائز على الإجارة أجبر على دفعه إلى المستأجر إن كانا محتاجين إليه أو غنيين عنه؛ لأن يد الأجير كيد المستأجر، وقد صحت هذه الإجارة لأن الأجير عقد العقد على منافعه، وما استؤجر عليه ليس من الجهاد في شيء.

وإن كان الأجير محتاجاً إلى ذلك والمستأجر غنياً عنه فله أن يمنعه منه؛ لأنه لو كان في يد المستأجر كان للأجير حق الأخذ منه لحاجته، فإذا كان في يد الأجير أولى أن يكون له حق المنع منه، ولكن لا أجر له عليه. وإن كان قد أخذه منه رده عليه؛ لأنه لم يسلم إليه المعقود عليه حين منعه ما جاء به.

ولو كان استأجره ليحش له حشيشاً والمسألة بحالها، فللمستأجر أن يأخذه منه وإن كان هو غنياً عنه والأجير محتاج إليه إذا أقر أنه احتشه له؛ لأن الحشيش ليس من جملة الغنيمة. ألا ترى أنه لو بقي إلى وقت القسمة لا يكون مقسوماً بين الغانمين، ولئن احتشه المستأجر لنفسه لم يكن لغيره أن يأخذه منه وإن كان محتاجاً إليه، دار الحرب في ذلك ودار الإسلام سواء، فكذا إذا احتشه له أجره؛ لأن الأجرة كيده، بخلاف الطعام فإنه من جملة الغنيمة حتى لو بقي إلى وقت القسمة كان مقسوماً بين الغانمين، فإن كان الأجير محتاجاً إليه والمستأجر غنياً كان المحتاج إليه أحق به. ثم في الطعام إن سلمه الأجير إلى المستأجر حين جاء به ثم أراد أخذه بعد ذلك، وبه ظهر الفرق بينه وبين الحشيش، وإذا أخذه لم يسقط حقه في الأجر؛ لأن حكم العقد قد انتهى بالتسليم إليه وتقرر حقه في الأجر ثم الأخذ. . .[1] بعد ذلك منه بحق لا يكون فوق الأخذ بطريق الغصب، وذلك لا يسقط حقه في الأجر فهذا أولى.

وإن كان استأجره ليأتيه بالعلف من بعض المطامير ولم يسم له مطمورة بعينها، فأتاه بذلك، فله أجر مثله لا يجاوز له ما بين له من الأجر؛ لأن العقد كان فاسداً لجهالة المعقود عليه، وهو ذهابه ومجيئه، والحكم في الإجارة الفاسدة وجوب أجر المثل بعد إيفاء المعقود عليه، وكذلك لو لم يجد شيئاً فرجع؛ لأنه قد أقام العمل الذي استأجره عليه وهو الذهاب والطلب فله أجر المثل، بخلاف ما سبق في العقد الصحيح أنه إذا منعه ما جاء به لم يكن عليه الأجر؛ لأن هناك بالمنع يصير في حكم العامل لنفسه، فلا يوجب

(١) بياض بالأصل.

الأجر على غيره حتى إن هناك لو لم يجد شيئاً كان له أجر الذهاب أيضاً؛ لأنه كان عاملاً له في الذهاب وهو غير عامل له في الرجوع حيث لم يأت بالطعام والعلف.

فعرفت أنه لا فرق بين العقد الفاسد والصحيح بل في الموضعين جميعاً إن لم يدفع إليه ما جاء به فلا أجر له، فإن لم يجد شيئاً فله الأجر في الذهاب من المسمى في العقد الصحيح، ومن أجر المثل في العقد الفاسد ولا أجر له في الرجوع؛ لأنه غير عامل له في ذلك والله، أعلم.

في الغازي يصيب في أرض الحرب صيداً أو يصيب معدناً أو ما أشبه ذلك، ما يختص به وما لا يختص، ويدخل فيه حكم البيع وطيب الثمن

وإذا دخل العسكر دار الحرب، فصاد رجل منهم شيئاً من الصيد بازاً أو صقراً أو ظبياً أو صاد سمكة كبيرة من البحر، أو أصاب عسالة في جبال وأصاب منها عسلاً كثيراً لا يملكه أهل الحرب، أو أصاب جواهر من ياقوت وفيروزج وزمرد من معدن لا يملكه أهل الحرب، أو أصاب معدن ذهب أو فضة أو رصاص أو حديد مما لا يملكه أهل الحرب سوى الحشيش والماء، فإن جميع ذلك يكون [٣٨ب/ ٢] مشتركاً بينه وبين أهل العسكر، ولا يختص به الآخذ؛ لأنه تفرد بإصابته وأخذه، ومن تفرد بأخذ ما هو مباح يختص به.

والجواب: أن أهل العسكر شاركوه في الإصابة من حيث الحكم؛ لأن الآخذ إنما تمكن من أخذ هذه الأشياء في دار الحرب. . . .[1] العسكر. . . .[1] لولا ذلك ما تمكن من أخذ هذه الأشياء، فهو معنىٰ قولنا: أهل العسكر شاركوه في الإصابة من حيث الحكم، ولو شاركوه في الإصابة من حيث الحقيقة لشاركوه في المصاب فكذا ههنا.

وبهذا الطريق: الردْءُ يشارك العسكر فيما يصيبون.

قال: ويكون ذلك غنيمة حتى يرفع عنه الخمس، ويقسم الباقي بين أهل العسكر؛ لأن الغنيمة اسم لمال كان في أيدي الكفرة ثم صار في أيدينا بطريق القهر والغلبة ما يخاف الخيل والركاب، وهذه الأشياء كانت في أيدي أهل الحرب؛ لأنها كانت في دارهم ودارهم في أيديهم، وقد وصلت إلينا بطريق القهر والغلبة إما حقيقة أو اعتباراً.

فإن كان الآخذ باعه من رجل من التجار وأخذ ثمنه في دار الحرب من ذلك التاجر يقف بيعه على إجازته؛ لأن الآخذ باع ما لا يملك وله مجيز حال وقوعه وهو أمير العسكر، فإن أمير العسكر لو باع الغنائم قبل القسمة يجوز، فإذا باعها غيره تتوقف على إجازته.

ثم الإمام ينظر في ذلك، فإن كان المبيع قائماً والثمن أنفع للعسكر من المبيع أجاز

(١) بياض بالأصل.

البيع وأخذ الثمن ورده في الغنيمة ويقسمه بين الغانمين؛ لأنه بدل الغنيمة وحكم البدل حكم المبدل، وإن كان المبيع أنفع لهم من الثمن فسخ البيع واسترد المبيع وجعله في الغنيمة. وإن لم يكن المبيع قائماً يجيز بيعه ويأخذ ثمنه ويرده في الغنيمة، وهذا الذي ذكره استحسان.

والقياس: أن لا تعمل إجازة الأمير بعد هلاك المبيع كما قلنا في الفضولي إذا باع مال الغير وأجاز المالك البيع بعد هلاك المبيع.

وجه الاستحسان: أنا لو لم نجوِّز هذا البيع يتضرر به الغانمون، لأنا متى لم نجوزه يفوت حق الغانمين أصلاً ورأساً من غير عوض يحصل لهم؛ لأن الغنيمة تعد في دار الحرب قبل القسمة لا . . . .[1] على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، فلا يمكن إيجاب قيمة المبيع بعد الهلاك لا على المشتري ولا على البائع، فمتى لم نجوز البيع يفوت حق الغانمين أصلاً ورأساً، وفي ذلك ضرر بالغانمين.

ومتى جوزنا البيع بغير الثمن إلى الغانمين جوزناه دفعاً للضرر عن الغانمين، وهو يظهر ما قلنا في العبد المحجور: إذا أجر نفسه بغير إذن المولى وسلم من العمل أنه يحكم بجواز الإجارة استحساناً حتىٰ لا يفوت حق المولى عن منافع العبد التي استوفاها المستأجر من غير بدل؛ لأن المنافع عندنا لا تتقوم من غير عقد ولا شبهة عقد الأمير؛ لأن هناك لو لم يجز البيع من غير إجازة الأمير لا يتضرر به الغانمون؛ لأنه يجوز أن يكون نفعهم في فسخ البيع بأن كان المبيع أنفع في حق الغانمين من الثمن، ويجوز أن يكون الثمن أنفع في حقهم، فبقي العقد موقوفاً على إجازة الإمام حتى يفعل الإمام ما هو أنفع في حق الغانمين، وصار كالعبد المحجور إن عمل للمستأجر وهلك من العمل فإنه لا تجوز الإجارة لأنه لو لم تجز الإجارة يضمن المستأجر قيمة العبد، وربما يكون قيمة العبد أنفع في حق المولى من الأجر.

وبخلاف مسألة الفضولي؛ لأن هناك لو لم يجز البيع بعدما هلك العين في يد المشتري أو استهلكه المشتري بإجازة المالك كان للمالك أن يضمن قيمة المبيع إن شاء الفضولي وإن شاء المشتري، وربما تكون القيمة أنفع في حق المالك من المبيع، أما ههنا بخلافه على ما ذكرنا.

ولو هلك المبيع في يد البائع في مسألتنا قبل التسليم إلى المشتري لا يحكم بجواز هذا البيع وإن أجازه الأمير؛ لأنه لا فائدة في تجويزه، إذ لا يصل الثمن ههنا إلى الغانمين؛ لأن المبيع لم يصل إلى المشتري، بخلاف ما إذا هلك بعد التسليم إلى المشتري؛ لأن هناك يصل الثمن إلى الغانمين فيكون في تجويز البيع فائدة.

ولو أن رجلاً من أهل الجند كان يحش حشيشاً في دار الحرب وكان يأتي به العسكر ويبيعه من الجندي أو من التجار كان بيعه جائزاً وكان الثمن طيباً له؛ لأنه باع ما

---

(١) بياض بالأصل.

يملك؛ لأن ما أخذ من الحشيش في دار الحرب لا يصير غنيمة. وكذا إذا كان يستقي الماء على ظهره أو دابته ويبيعه من أهل العسكر أو من التجار كان ثمنه طيباً له؛ لأنه باع ما يملكه؛ لأن ما أخذ من الماء في أرض الحرب لا يصير غنيمة.

وكان يجب على قياس ما ذكرنا في مسألة الصيد ونظائرها أن يصير غنيمة لا يجوز بيعه؛ لأنه إنما تمكن من أخذ الماء والحشيش في دار الحرب بقوة العسكر ومنعتهم، ولولا ذلك لما تمكن من أخذه. قلنا: قضية القياس ما ذكرتم لكن تركنا القياس في الماء والنار والكلأ ولم نعتبر الأخذ الحكمي من أهل العسكر بالنص، وهو قوله عليه السلام: «الناس شركاء في الثلاث: في الماء والكلأ والنار»[1]، فالنبي عليه السلام لم يعتبر الأخذ الحكمي في الماء والكلأ والنار حتى أثبت [٣٩أ/ ٢] الشركة فيما بين الناس مع وجوب الأخذ الحكمي ومع وجوب سبب الملك حكماً من البعض حيث أثبت الشركة مطلقاً من غير فصل.

وعن هذا قلنا: إن في دار الإسلام: من أخذ من أرض مملوكةٍ لغيره كلأ أو أخذ من بئر مملوكةٍ لغيره ماء يختص به الآخذ، ولم يكن لصاحب الأرض والبئر عليهما سَبيل، وملك الأرض سبب لثبوت الملك حكماً فيما يثبت في الأرض ويخرج. ألا ترى أن رجلاً لو أخذ من أرض رجل خشباً أو حطباً من شجر نابت في الأرض لا بإنبات أحد من الناس كان صاحب الأرض أولى به من الآخذ. ولو استهلكه الآخذ غرم قيمته، مع هذا لم نعتبر هذا السبب في الكلأ والماء الخارج في ملكه...[2] أن الآخذ الحكمي في الكلأ والماء ساقط الاعتبار شرعاً، وكانت العبرة للأخذ الحقيقي فيختص به الأخذ حقيقة بخلاف الاحتطاب، فإن الأخذ الحكمي هناك غير ساقط الاعتبار شرعاً، فجاز أن يعتبر في إثبات المشاركة بين الأخذ الحكمي وبين الأخذ الحقيقي.

فإن قيل: إن استقام ما ذكرتم في الكلأ والحطب لا يستقيم في الصيد، فإن الصيد إذا جرح في أرض إنسان فأخذه رجل يختص به الآخذ، ولا يكون لصاحب الأرض أن يأخذه منه، والملك في رقبة الأرض لم يعتبر لثبوت الملك في الصيد حال وجود الأخذ من غيره، ثم اعتير مشاركة الغانمين مع الآخذ سبباً لثبوت الملك في الصيد، حتى كان الصيد المأخوذ مشتركاً بينه وبين الغانمين يجب أن يكون الجواب في الكلأ كذلك أيضاً.

والجواب: أن القياس في الكلأ كذلك، إلا أنا تركنا القياس فيه بأمر رسول الله عليه السلام حيث أثبت الشركة فيه مطلقاً، وللأثر في الماء والكلأ والنار، أما لا أثر في الصيد فيبقى الصيد على القياس.

ولو أن رجلاً من أهل الجند وجد من هذا الخشب الخليج فعمل منه قصاعاً[3]

(١) أخرجه أبو داود في البيوع حديث ٣٤٧٧، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٤٧٢.
(٢) بياض بالأصل.
(٣) القصاع: جمع قصعة، وهي الصحفة التي يؤكل عليها الطعام.

وأخونة[١] وأخرجها معه إلى دار الإسلام فإن الإمام يأخذ ذلك منه ثم يعطيه قيمة ما زاد الصنعة فيه إن شاء، وإن شاء باعه وقسم الثمن على قيمة هذا الخشب غير معمول أو على قيمته معمولاً، فما أصاب غير المعمول من ذلك فإنه يرد في الغنيمة، وما أصاب المعمول من ذلك يكون للعامل، ولا يصير المصنوع ملكاً للعامل بهذه الصنعة.

وإن كانت الصنعة على هذا الوجه في ملك خاص لغيره يجعل المصنوع ملكاً للصانع وينقطع حق صاحب الخشب على الخشب في ذلك؛ لأن الصنعة على هذا الوجه في الملك الخاص. إنما قطع حق صاحب الملك؛ لأن المصنوع قبل الصنعة مما يضمن بالغصب والاستهلاك. والصنعة مما يجعل المصنوع ملكاً للصانع إذا كان المصنوع قبل الصنعة مما يضمن بالغصب والاستهلاك. فأما إذا كان مما لا يضمن بالغصب والاستهلاك فالصنعة لا توجب انقطاع حق المالك.

ألا ترى أن من غصب من آخر جلد ميتة وخاطها فرواً ثم دبغها فإنه لا ينقطع حق صاحب الجلد عن الجلد بهذه الصنعة لأنها وجدت فيما لا يضمن بالغصب والاستهلاك وهو جلد الميتة، فكذا الصنعة في الخشب على هذا الوجه لا يقطع حق الغانمين عن الخشب؛ لأن الخشب كان لا يضمن بالغصب والاستهلاك.

وإنما فعلوا هكذا والله أعلم لأن الحق في المصنوع قائم من وجه، مستهلك من وجه، مستهلك من حيث إن بعض التركيب وبعض منفعة الخشب وهي منفعة البناء فاتت بهذه الصنعة، قائم من حيث إن بعض التركيب قائم وبعض منافع الخشب من الوقود وغيره قائم فكان قائماً من وجه مستهلكاً من وجه، والعمل بهما متعذر في كل مصنوع لما بينهما من التنافي، فاعتبروا الهلاك متى حصلت الصنعة في محل يضمن بالغصب والاستهلاك قبل الصنعة، واعتبروا القيام متى حصلت الصنعة في محل لا يضمن بالغصب والاستهلاك قبل الصنعة.

وههنا: هذا الخشب قبل الصنعة كان لا يضمن بالغصب والاستهلاك، فإن الغنيمة ما دامت في دار الحرب لا تضمن بالغصب والاستهلاك قبل القسمة والبيع على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله، فلا ينقطع حق الغانمين عنها.

وإذا بقي حق الغانمين في المصنوع فيخير الإمام، إن شاء باع، وإن شاء أخذ المصنوع وأعطى قيمة ما زادت الصنعة، وكان الجواب فيه كالجواب في ثوب وقع في صنع إنسان فالصنع يخير صاحب الثوب، إن شاء أخذ الثوب وأعطى قيمة ما زاد الصنع فيه، وإن لم يعطه قيمة ما زاد الصنع فيه باع الثوب فيقسم الثمن على قسمته مصنوعاً وغير مصنوع فكذلك هذا. وهكذا الجواب في. . . .[٢] والأوتاد، وكذلك الجواب لو أصاب جلود غنم فجعلها فرواً وكذلك السمنة يملحها لأن الصنعة وجدت فيما لا يضمن بالغصب والاستهلاك.

---

(١) أخونة: جمع خوان، وهو ما يؤكل عليه الطعام.

(٢) بياض بالأصل.

ولو أخرجت الغنائم إلى دار الإسلام، فأخذ رجل من هذا الخشب الخليج وجعله قصعاً أو غير ذلك مما . . . . . [(١)] فإنه يضمن قيمة الخشب، وكان المصنوع للذي عمل لا سبيل للإمام عليه؛ لأن هذه إنما وجدت في خشب يضمن بالغصب والاستهلاك، وقد ذكرنا أن مثل هذه الصنعة متى وجدت في ملك الغير فيما يضمن بالغصب والاستهلاك فإنه ينقطع حق صاحب العين ويصير المصنوع للعامل بخلاف ما لو فعل هذا قبل إخراج الغنيمة إلى دار [٣٩ب/ ٢] الإسلام؛ لأن الصنعة إنما وجدت فيما لا يضمن بالغصب والاستهلاك.

وكذلك الجواب فيما إذا قسمت؛ لأن الغنيمة في دار الحرب والإحراز بدار الإسلام سواء حتى لو مات واحد بعد القسمة في دار الحرب يورث نصيبه كما لو مات واحد منهم بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام، وسيأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ثم استشهد محمد رحمه الله فقال: ألا ترى أن رجلاً لو أخذ جلود ذكية لرجل فدبغها وجعلها فرواً كان الفرو له وغرم قيمة الجلود لصاحبها، ولو أخذ جلود ميتة فجعلها فرواً ثم دبغها حتى صارت فرواً قُوِّمَ الفرو جلداً غير معمول وقَوِّمَ معمولاً، فإن شاء العامل أعطاه قيمة جلده ذكياً غير معمول وعلى قيمته فرواً معمولاً فما أصاب الجلد كان لصاحبه وما أصاب العمل كان لصاحب العمل بخلاف ما لو كانت الجلود ذكياً وباقي المسألة بحالها فإن حق صاحب الجلد ينقطع عن الجلد.

والفرق بينهما ما ذكرنا أن الصنعة في المذكى إنما حلت في جلد يضمن بالغصب والاستهلاك فأوجبت انقطاع حق صاحب العين عن العين عندنا، وفي جلد الميتة الصنعة حلت في جلد لا يضمن بالغصب والاستهلاك، فلم توجب انقطاع حق صاحب العين عن العين على ما بينا فإذا كان الجواب في جلد الميتة والذكي على هذا التفصيل فكذا فيما تقدم، وإنما أثبت الخيار للعامل في جلد الميتة لا لصاحب الجلد، وإن كان صاحب العمل تبع وصاحب الجلد صاحب أصل فالخيار يثبت في مثل هذا لصاحب الأصل كما في الثوب المصنوع لا لصاحب البيع وذلك لأن صاحب العمل وإن كان صاحب تبع ههنا من حيث الحقيقة فإن الصنعة صارت حقيقة للجلد والأوصاف أتباع فمن حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل؛ لأن جلد الميتة لم يكن مالاً قبل الصنعة والدباغة والمالية هي المقصودة من الأعيان لا نفس العين، وإنما صار مالاً بعمله فصار من حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل وصاحب الجلد من حيث المعنى صاحب تبع والعبرة للمعنى، وإنما اعتبر قيمة الجلد ذكياً؛ لأنه متى اعتبره ميتاً وجلد الميتة لا قيمة له لا يستحق صاحب الجلد شيئاً فلهذا اعتبر قيمته ذكياً، والله أعلم بالصواب.

في استهلاك شيء من القسمة وفي إعتاق السبايا من الغنيمة

ويدخل فيه الواحد إذا دخل بإذن الإمام ـ أو يعتبر إذنه ـ وأصاب شيئاً وأعتقه أو استولدها.

---

(١) بياض بالأصل.

قال محمد رحمه الله ولو أن جيشاً دخلوا دار الحرب فأصابوا غنائم وسبايا فلم يخرجوها إلى دار الإسلام ولم تقسم بعد، حتى فجر رجل بامرأة من السبي ثم قتلها خوفاً من أن تخبر الإمام بما صنع ثم اطلع الإمام على ما صنع لم يكن عليه حد ولا عقد ولا قصاص ولا ضمان.

أما لا حد ولا قصاص لأن الزنا والقتل في دار الحرب لا يوجب الحد والقصاص على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، ولأنه تمكنت الشبهة في المحل من حيث إنه يثبت له في المحل نوع حق؛ لأنه انعقد سبب الملك لهم وانعقاد سبب الملك يوجب الحق في المحل، وتمكن الشبهة في المحل يمنع وجوب الحد والقصاص ألا ترى أن المشتري إذا وطىء الجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع لا يجب الحد لتمكن الشبهة في المحل باعتبار ما ثبت له من الحق في المحل.

وأما لا عقد فلأن العقد بدل الحر والمستوفى، فالوطىء ثم إتلاف الكل لا يوجب الضمان، فكذا إتلاف الجزء.

وأما لا ضمان لأن الثابت للغانمين في الغنائم قبل الإحراز وقبل القسمة مجرد حق غير متأكد حتى لا ينتقل إلى الوارث بعد الموت، وإذا لحقهم المدد شاركوهم فيما أصابوا ومجرد الحق لا يضمن بالإتلاف كحق الشفعة حتى لو شهد شاهدان على رجل أنه سلم الشفعة ثم رجعوا لا يضمنون.

والفقه في ذلك أن ضمان العدوان مقيد بالمثل، ولو أوجبنا الضمان على متلف الحق المجرد فقد أتلفنا عليه ملكه وحقه المتأكد فتقدم التماثل لا يلزم على هذا الراهن إذا أتلف المرهون حيث تقوم قيمتة للمرتهن وإن أتلف عليه الحق؛ لأنا قلنا بأن مجرد الحق لا يضمن بالإتلاف وحق المرتهن حق متأكد حتى ينتقل إلى الوارث، والحق المتأكد ملحق بالملك. . .(١) الأحكام فلا ينعدم التماثل أو نقول بأن الراهن أتلف على المرتهن الملك دون الحق، فإن الثابت للمرتهن ولكن ملك اليد والجنس وما ملك الرقبة والراهن يضمن مثله حتى لا يزول الضمان عن ملك الراهن، بل يكون مملوكاً له محبوساً بحق المرتهن كالأول وبه لا ينعدم التماثل، وبعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة الثابت لهم الملك وكذلك بعد القسمة في دار الحرب الثابت لهم الملك حتى ينتقل إلى الورثة بعد الموت والمدد لا يشاركونهم فيها فيضمن بالإتلاف [١٤٠أ/ ٢] كسائر الأملاك.

وكذلك لو استهلك سائر الأموال من الغنيمة نحو: الأمتعة والأسلحة، أو قتل صبياً أو رجلاً فإنه لا ضمان عليه ولا قصاص لما قلنا، ولكنه يؤدب على ما صنع لمنعه ثبوت الملك للغانمين مع انعقاد السبب ولقطعه رأي الإمام عليه عن بعض الغنيمة؛ لأن للإمام رأياً وتدبيراً في الغنيمة فهو بالاستهلاك قطع ذلك عليه عن بعض الغنيمة، ولأن ترك التأديب يؤدي إلى الفساد لتجاسر كل أحد على مثله، وكذلك لو كان المستهلك رجلاً آخر

---

(١) بياض بالأصل.

غير الغانمين لا ضمان عليه لما ذكرنا ولكنه يؤدب على ما صنع لما مر.

ولو كانت الغنائم أحرزت بدار الإسلام إلا أنها لم تقسم بعد، فأتلف رجل من الغانمين شيئاً من الغنيمة أو قتل صبياً أو امرأة ضمن جميع ما أتلفه لما ذكرنا أن الملك ثابت للغانمين في الغنيمة بعد الإحراز، فيجب الضمان بالإتلاف كما في سائر الأملاك إلا أن المتلف إذا كان مالاً يجب عليه الضمان في ماله حالاً، وإذا كان المتلف صبياً أو امرأة إن كان عمداً تجب الدية في ثلاث سنين، وإن كان خطأ تجب الدية على العاقلة، ولا يجب القصاص لتمكن الشبهة لما له من النصيب في الرقبة.

ولذلك لو فجر واحد من الغانمين بامرأة من السبي في هذه الحالة لا يجب الحد لما ذكرنا من تمكن الشبهة، ولكن يجب العقر اعتباراً بإتلاف الجزء وبإتلاف الكل، وإن قتل واحد من الغانمين رجلاً من السبي لا يجب القصاص لما قلنا ولا يجب الضمان أيضاً لأن قتل الرجال بقي على الإباحة حتى حل للإمام قتلهم بعد الإحراز قبل القسمة، فصار حالهم بعد الإحراز قبل القسمة كحالهم قبل الإحراز وصار كالمرتد إذا قتله رجل، فإنه لا يضمن وإن لم يأمره الإمام بذلك لكونه مباح القتل في نفسه كذا هنا إلا أن الإمام يؤدبه على ما صنع لتقدمه على الإمام وقطع رأيه.

ولو أن الإمام قسم الغنائم بعدما أحرزت بدار الإسلام، فأتلف رجل من الغانمين شيئاً مما وقع في نصيب أصحابه ضمن، وكذلك لو قتل صبياً أو امرأة أو رجلاً وقع في نصيب أصحابه يجب القصاص عليه إن كان عمداً، وتجب الدية على عاقلته إن كان خطأ وكذلك إذا وطىء جارية وقعت في نصيب أصحابه يجب عليه الحد؛ لأن الإمام بالقسمة ملك كل واحد منهم ملكاً خاصاً وله ولاية التمليك والتخصيص فالتحق ذلك بسائر أمواله وأملاكه، والجواب في سائر أملاك الغانمين ما ذكرنا فهنا كذلك.

وإن كان المقتول ممن وقع في الخمس فإنه لا يجب القصاص لتمكن الشبهة في المحل، فإن له حقاً في الخمس حتى كان له أن يأخذ من الخمس عند الحاجة ولكن تجب عليه القيمة؛ لأن الشبهة لا تمنع وجوب المال، ألا ترى أن من قتل عبداً من بيت المال فإنه لا يجب عليه القود وتجب القيمة والمعنى ما قلنا فهنا كذلك.

والجواب فيما إذا رأى الإمام القسمة في دار الحرب وقسم نظير الجواب فيما إذا قسم بعد الإحراز بدار الإسلام في حكم الضمان لأن فعله حصل في محل مجتهد فيه، وحكم المجتهد في المجتهدات نافذ فملك كل واحد منهم ما أصابه ملكاً خاصاً وانقطعت شركة كل واحد منهما عما في يد أصحابه والتحق ما في يد كل واحد منهم بسائر أملاكه والجواب في سائر أملاك الغانمين ما ذكرنا.

وكذلك لو باع الإمام الغنائم في دار الحرب كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا قسمها في دار الحرب؛ لأن بيعه حصل في محل مجتهد فيه فنفذ وصار المشترى ملكاً للمشتري من كل وجه والتحق بسائر أملاكه وكذلك لو تقدم الإمام سرية وقال: ما أصبتم من شيء فهو لكم فأصابوا أموالاً، فمن أتلف من ذلك شيئاً لزمه ضمانه لأن المنفل يصير

ملكاً للمنفل له بنفس الإصابة ملكاً خاصاً حتى تنتقل إلى الوارث بعد الموت والمدد لا يشاركونه في ذلك وسيأتي الكلام في التنفيل بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وكذلك لو قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه فقتلوا قتلى وأصابوا سلاباً، فمن أتلف شيئاً من ذلك على القاتل لزمه ضمانه لأن السلب يصير ملكاً للقاتل بنفس القتل والإصابة ملكاً خاصاً على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، فيضمن متلفه.

قال: ولو ظهر الإمام على بلدة من بلاد أهل الحرب وأجرى فيها أحكام المسلمين حتى صارت دار الإسلام كان الإمام بالخيار بين قسمة الكل بين الغانمين وبين قتل المقاتلة وقسمة الباقي وبين المنّ عليهم برقابهم وأراضيهم وأموالهم على ما يبين، فقبل أن يختار الإمام شيئاً من ذلك أتلف واحد من الغانمين شيئاً من الأموال فهو ضامن ولو قتل الرجال فلا قصاص ولا ضمان؛ لأنها لما صارت دار الإسلام صارت الغنائم محرزة بدار الإسلام والحكم في الغنائم المحرزة بدار الإسلام ما ذكرنا.

ثم ينظر إن رأى [٤٠ب/ ٢] الإمام قسمتها بين الغانمين ضم ضمان المتلف إلى الأرض والسبي وغيره وقسمها بين الغانمين لأن الضمان بدل المتلف وحكم البدل حكم المبدل لو كان قائماً، ولو كان المبدل قائماً دخل في القسمة فكذا البدل، فإن لم يخرج ما على المستهلك حتى قسم الأراضي والسبي وسائر الأموال بين الغانمين ثم خرج الضمان خمسه وقسم أربعة أخماسه بين الغانمين. وإن كان لا يحتمل القسمة بين الغانمين لقلته وكثرة الغانمين وضعه في بيت المال للصدقة؛ لأنه حق الغانمين وقد يقدر إيصاله إليهم، فأشبه اللقطة والحكم في اللقطة إذا لم يعثر على صاحبها أنها توضع في بيت مال الصدقة، فكذا هنا.

وإن رأى الإمام أنْ يمنَّ عليهم برقابهم وأراضيهم وسائر أموالهم جاز ولا يظهر حكم المن في القيمة التي غرمها المستهلك، لأن المنّ وجد الآن فلا يظهر فيما مضى والمستهلك ماض ألا ترى أن ما أخذ منهم قبل الظهور عليهم لا يرد عليهم بعد الظهور والمن، وإنما لا يرد لما قلنا، ولكن الإمام يأخذ ذلك من المستهلك ويخمسها ويصرف الخمس إلى مصارف الخمس ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين لأن وجوب الضمان على المستهلك لحق الغانمين لمصادفة الاستهلاك حقهم فتقسم الأربعة الأخماس بينهم فإن عجز عن القسمة بينهم لقلته وكثرة الغانمين وضعه في بيت مال الخراج بخلاف المسألة الأولى، وهو ما إذا قسم الإمام الأراضي ومن فيها بين الغانمين ثم خرجت القيمة من المستهلك ويقدر قسمتها، فإنها توضع في بيت مال الصدقة والفرق أن مساعي الأراضي من الرقاب والأموال تابعة للأراضي في المنّ.

وإذا منَّ الإمام عليهم بالأراضي وسائر الأموال فقد جعل الحق في الأراضي للمقاتلة لأنه يجب فيها الخراج، والخراج للمقاتلة يصرف إليهم فكذا ما عدا الأراضي يصرف إليهم بطريق التبعية أيضاً وإذا قسم الأراضي وسائر الأموال بين الغانمين فقد جعل الحق في الأراضي للفقراء لأنه يجب فيها العشر والعشر يصرف إلى الفقراء فكذا ما عدا

الأراضي تصرف إليهم بطريق التبعية أيضاً.

سأل في «الكتاب» على نفسه سؤالاً فقال: كيف لم يجعل الخمس في الفيء في هذه المسألة حتى يوضع موضع الخراج كما جعلت الأربعة الأخماس؟ ثم أجاب فقال: لأنا قدرنا على صرف الخمس إلى مستحقه والزيادة على ذلك لم يقدر على صرفها إلى مستحقها.

وذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير» في والي عسكر قسم الغنائم، وبقي شيء لا تحتمله القسمة لقلته يتصدق به على المساكين لأنه حق الغانمين، وقد تعذر إيصاله إلى المستحق فصار بمنزلة اللقطة إلا أنه لا ينتظر فيه سنة؛ لأن الانتظار في اللقطة لظهور المالك حتى يتوصل إليه وهذا المعنى ههنا معدوم.

قال في «السير الصغير»: وإذا أعتق الجندي جارية أو غلاماً من الغنيمة فهذه المسألة لا تخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يعتقه بعد الإصابة قبل الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة، أو يعتقه بعد الإصابة والإحراز بدار الإسلام قبل القسمة، أو يعتقه بعد الإحراز بدار الإسلام والقسمة فإن أعتقه بعد الإصابة قبل الإحراز بدار الإسلام وقبل القسمة فإنه لا ينفذ عتقه وذلك لأنه أعتق ما لا يملك.

بيانه: أن سبب الملك لا يتم للغانمين قبل إحراز القسمة بدار الإسلام وقبل القسمة على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى فهو معنى أعتق ما لا يملك وإن أعتقه بعد الإصابة والإحراز بدار الإسلام قبل القسمة القياس أن ينفذ عتقه وفي الاستحسان: لا ينفذ عتقه.

وجه القياس في ذلك: أنه أعتق عبداً يملك شقصاً منه فسد عتقه في نصيبه، كعبد اشتراه خمسة نفر أو أكثر إذا أعتقه واحد منهم، وهناك ينفذ عتقه في نصيبه؛ لأنه أعتق عبداً يملك شقصاً منه فكذلك هذا. وإنما قلنا ذلك لأن الملك يثبت للغانمين بعد الإصابة وإجراز الغنيمة بدار الإسلام قبل القسمة فقد ملك المعتق جزءاً من هذا العبد فسد عتقه بقدر ما يملك.

فأما وجه الاستحسان في ذلك: وهو أن سبب الملك وإن تم للغانمين بعد الإصابة والإحراز بدار الإسلام إلا أن الثابت لهم بهذا السبب قبل القسمة الملك في أحد شيئين: إما عين العبد أو بدله، لأن الإمام في الغنيمة قبل القسمة بالخيار إن شاء قسم الأعيان فيما بينهم وإن رأى المصلحة في قسمة الأعيان وإن شاء باع وقسم ثمنه فيما بينهم إذا رأى المصلحة في البيع، فكان الثابت له بعد تمام السبب الملك في أحد شيئين إما عين العبد أو بدله، ومثل هذا الملك لا يكفي لنفاذ العتق وإن كان يكفي للإرث، كالعبد إذا جنى جناية فأعتقه المجني عليه قبل الدفع ثم دفعه المولى فإنه لا ينفذ عتقه؛ لأن سبب الملك وإن تم لولي المجني عليه إلا أن الثابت [٤١أ/ ٢] له بهذا السبب أحد شيئين إما العين أو بدله فلم يكف لنفاذ العتق وإن كان كافياً للإرث.

توضيحه: أن الإرث إقامة الوارث مقام المورث فيما كان للمورث، وقد ثبت للمورث الحق في أحد شيئين لا نفسه، فيثبت للوارث ذلك، فأما العتق تصرف في العين

من كل وجه والملك في العين ليس بثابت من كل وجه بل هو ثابت إن قسم العين، وليس بثابت إن قسم ثمنه فيثبت الملك في العين من وجه ولا يثبت من وجه، وإنه لم يكن ثابتاً فلا يثبت بالشك والاحتمال بخلاف ما لو اشترى خمسمائة نفر أو ألف نفر عبداً فأعتقوه حيث ينفذ عتقهم؛ لأن ملكهم بالشراء مقصور على عين العبد حتى لو أراد البائع أن يعطي بدله فإنه لا يملك بخلاف ما نحن فيه، فإن الثابت للغانمين الملك في أحد شيئين: إما في العين أو في بدله على ما مر، وإليه أشار محمد رحمه الله في «الكتاب» فإنه قال: لا يدرى أن نصيبه حيث نفذ يريد به لا يدرى أن نصيبه نفع في العين أو في بدله.

أما إذا أعتق بعد الإحراز والإصابة والقسمة، ولكن بين الغرماء بأن أعطي لكل صاحب راية شهراً حتى يقسمه فيما ما لو عتق واحد من أصحاب تلك الراية جارية أو عبداً، فإن كانت الشركة خاصة فإنه ينفذ عتقه، لأن العين بهذه القسمة صار ملكاً لهم وصار حقهم مقصوراً على عين العبد بعد هذه القسمة حتى لو أراد الإمام أن يبطل حقهم عن العين بعد هذه القسمة فإنه لا يقدر، فكذلك هذا بمنزلة ما لو أعتق ولي الجناية العبد الجاني بعد الدفع وهناك ينفذ عتقه، وفي الاستحسان لا ينفذ عتقه.

وجه القياس في ذلك: وهو أن حقهم مقصور على العين فينفذ عتقهم كما لو كانت الشركة خاصة. وكعبد اشتراه ألف نفر فأعتقه واحد منهم نفذ عتقه وإن كانت الشركة عامة والمعتبر. . . .[1] كذلك هنا وليس كمال بيت المال لأن حق كل واحد من المسلمين غير مقصور على العين، فإن للإمام أن يعطي العين إن شاء وإن شاء أعطى بدله، وبخلاف ما قبل القسمة لأن الحق قبل القسمة غير مقصور على العين بل في العين أو في بدله، فإن كان في العين ينفذ وإن كان في بدله لا ينفذ فلا ينفذ بالشك.

وجه الاستحسان في ذلك: أن هذه قسمة. . . . . .[1] إلا ما كان ثابتاً من قبل والثابت قبل القسمة للغانمين أحد المالين إما العين أو بدله، فكذلك بعد القسمة إن كانت الشركة عامة؛ لأن ما يثبت للإمام الأول من الرأي والتدبير في أمر الغنيمة من حيث إنه أقام العامة. . .[1] حق الثاني فيقوم مقام الأول قبل القسمة في ما فوض إليه، بخلاف ما إذا كانت الشركة خاصة لأنها أفادت ما لم تكن ثابتة قبل القسمة وبنى الشركة على سبيل الخصوص ولم يقم الثاني مقام الأول لأن الخيار كان للأول لأنه أقام العامة، هذا المعنى لم يوجد في حق الثاني وإذا لم يثبت للثاني ما كان للإمام الأول من الخيار كان حقهم مقصوراً على العين، بخلاف الشراء لأن حقهم مقصور على العين فنفذ العتق من بعضهم وإن كانت الشركة عامة، فأما ههنا انتفاء العتق ليس للشركة العامة عندنا لكن لأن حقهم لا يكون مقصوراً على العين متى كانت الشركة عامة فلا ينفذ العتق كما قبل القسمة.

ثم لم يذكر في «الكتاب» حداً فاصلاً بين الشركة العامة والخاصة من حيث القطع، وإنما قال: إذا قسمت السبي بين قوم من أهل عرافة أو أهل راية فأعتق أحد منهم عبداً أو

---

(١) بياض بالأصل.

أمة هل يجوز عتقه؟ قال: نعم إذا كانوا مائة أو أقل من ذلك ولست أوقت في ذلك وقتاً هكذا ذكر ههنا فكأنه جعل المائة وما دونه في حكم الشركة الخاصة.

ووجه ذلك: أن النبي عليه السلام «قسم خيبر فجعل لكل مائة سهماً»(١) وكانت تلك القسمة للتمليك، فدل أن المائة وما دونه في حكم شركة خاصة، وذكر في «السير الكبير» هذه المسألة وذكر فيها أقاويل فقال: قال بعضهم: الثلاث وما دونه في حد القلة، وما زاد على الثلاث في حد الكثرة؛ لأن الثلاث أقل الجمع مما لم يرد عليه في حد القلة.

قال بعضهم: التسعة وما دونه في حد القلة، والعشرة وما فوقها في حد الكثرة، وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله. وإنما جعلوا العشرة في حد الكثرة لأن الشرع قدر نصاب السرقة بعشرة وقدر المهر بعشرة، فدل أن العشرة لها حكم الكثرة.

وقال بعضهم: ما دون الأربعين في حد القلة، والأربعين في حد الكثرة، وإنما قدروا ذلك لأن النبي عليه السلام حين كمل معه أربعون نفراً أمر بإظهار الإسلام ولم يأمر قبل ذلك.

وقال بعضهم: ينظر إن تزوج واحد منهم أو مات أو ولد لأحدهم ولد إن نشر حين ذلك فيما بينهم للحال فهو في حد القلة، وإن لم ينشر إلا بعد مضي أيام فهو في حد الكثرة.

فقد ذكر محمد رحمه الله هذه المقادير في «السير الكبير». وقال هذا ليس بتقدير لازم [٤١ب/ ٢] وإنما ذلك مفوض إلى الإمام أي ذلك اختار فله ذلك، فإن المتأخرين. . . . .(٢) وأحسن ما قيل فيه: إن الجند إذا كانوا بحيث تقع بهم الشركة في الأغلب كانت الشركة فيما بينهم عامة، وإن كان بحيث لا تقع بهم الشركة في الغالب تكون شركة خاصة. وهذا لأن ولاية السلبية كما تثبت بإجماع المسلمين على واحد تثبت عندنا بالشركة والغلبة، فمتى كان الجند بحيث تقع بهم الشركة في الغالب فصاحب الراية عليهم يجعل بمنزلة الإمام الأول، فيثبت له من الولاية والرأي والتدبير في الغنيمة مثل ما ثبت للأول.

وفي «المنتقىٰ»: قال أبو يوسف رحمه الله: إذا أعتق الإمام عبداً من الخمس جاز عتقه وولاؤه لجماعة المسلمين، وليس له أن يوالي أحداً. وإذا بعث الإمام واحداً أو أكثر من ذلك ممن لا منعة لهم بسرية إلى دار الحرب فأصابوا مالاً خمَّس ذلك وما بقي فهو الآخذ، وبمثله لو دخل واحد أو جماعة لا منعة لهم بغير إذن الإمام وأصابوا مالاً لا يخمس.

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٣٠١٠، بلفظ: «قسم رسول الله ﷺ خيبر نصفين». أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ٦/ ٤٥٠، بلفظ: «قسم خيبر على ستة وثلاثين سهماً».

(٢) بياض بالأصل.

والمعنىٰ في ذلك: أن الخمس يختص بالغنيمة والواحد ومن بمعناه من قوم لا منعة لهم إذا دخلوا بإذن الإمام فمصابهم غنيمة، وإذا دخلوا بغير إذن الإمام فمصابهم ليس بغنيمة، وهذا لأن الغنيمة اسم لمال مأخوذ على سبيل الجهاد، والذي دخل دار الحرب ممن لا منعة له بغير إذن الإمام مأخوذُه ليس على سبيل الجهاد لا حقيقة ولا حكماً ولا اعتباراً؛ لأنه مأخوذ لا على سبيل المحاربة التي فيها إعزاز الدين لا حقيقة وهذا ظاهر لأنه لم يحاربهم جهاراً، بل انتهز الفرصة وأخذ المال، ولا حكماً لأنه لم يدخل بإذن الإمام حتىٰ تثبت المحاربة حكماً وتقديراً، والذي دخل بأمان الإمام ممن لا منعة له فمأخوذه على سبيل الجهاد تقديراً واعتباراً؛ لأنه مأخوذ على وجه المحاربة تقديراً لأنه لا يحل للإمام أن يأذن له بالدخول إلى دار الحرب إذا كان يعلم أنه لا يحارب معهم ولا يقاوم مَعَ من يقاتله، فاستدللنا بإذنه إياه في الدخول على محاربته معهم ومقاومته إياهم، وكان مأخوذه مأخوذاً على سبيل المحاربة تقديراً، فيكون مأخوذاً على سبيل الجهاد فيكون غنيمة، ولا كذلك مأخوذ الداخل بغير إذن الإمام.

فلو أن هذا الداخل بغير إذن الإمام أصاب رجلاً حراً من أهل الحرب فأخذه وأعتقه؛ إن عتقه في دار الحرب فإعتاقه باطل، فإن أخرجه إلى دار الإسلام بعد ذلك لا يعمل ذلك الإعتاق ولا ينفذ؛ لأنه حصل قبل الملك وقبل تمام سببه. . . .[1] فهو بمنزلة المشتري إذا أعتق المشترى بشرط الخيار للبائع، ثم إن البائع أجاز البيع وهناك لا ينفذ إعتاق المشتري وطريقه ما قلنا فكذا ههنا.

وإن لم يعتقه في دار الحرب ولكن أعتقه بعدما أخرجه إلى دار الإسلام نفذ عتقه قياساً واستحساناً؛ لأنه ملكه بالإحراز على سبيل الخصوص إذ لم يشاركه أحد في. . . . .[1] ولا في إحرازه، وحقه ثابت في العين فإنه ليس للإمام أن يبيع هذا المأخوذ عليه، فكان إعتاقه مصادماً. . . .[1] هو مملوك له على الخصوص بخلاف واحد من الجند إذا أعتق عبداً من المغنم بعد الإحراز لأن الجند إن كان عظيماً فالجارية مشتركة شركة عامة، والشركة العامة لا . . . . .[1]، وإن كانت الشركة خاصة بأن قسم الإمام الغنائم بين الغير، . . . . .[1] فلأن الحق هناك غير ثابت في العين على سبيل وأصاب التعيين على ما مر أما ههنا بخلافه.

ولو أن هذا الواحد دخل بإذن الإمام وأصاب حراً حربياً وأعتقه في دار الحرب فعتقه باطل، وإذا أخرجه إلى دار الإسلام بعد ذلك لا ينفذ ذلك الإعتاق، وإن أعتقه بعدما أخرجه إلى دار الإسلام ذكر هذه المسألة في «السير الكبير» في موضعين ذكر في أحد الموضعين أنه لا ينفذ عتقه ولم يذكر فيه القياس والاستحسان، وذكر في موضع آخر أنه لا ينفذ عتقه قياساً وينفذ استحساناً، وذكر القياس والاستحسان في أحد الموضعين ذكر لهما في الموضع الآخر.

---

(١) بياض بالأصل.

وجه القياس في ذلك من وجهين:

أحدهما: أنه أعتق وله فيما أعتق شركة عامة لأن للمساكين فيه حق، لأن الخمس فيه واجب والمساكين لا يحصون فكانت الشركة عامة حتى لو دفع للإمام الخمس ثم أعتقه بعد إعتاقه؛ لأنه لا شركة لأحد فيه بخلاف الداخل بغير إذن الإمام؛ لأنه لا خمس فيما أصابه ولا شركة لأحد معه فيما أصابه.

وجه الاستحسان: أن شركة المعتق في هذا العبد شركة خاصة، والشركة الخاصة لا تمنع نفاذ العتق.

بيان ذلك: أن جماعة المساكين إن كانوا لا يحصون إلا أن الحق في الخمس لواحد من المساكين حتى جاز الصرف إلى واحد منهم عندنا، وهذا لأن المساكين وإن كان اسم جمع إلا أنه ذكر مع الألف واللام، واسم الجمع إذا ذكر مع الألف واللام يصير جنساً ولا يبقى جمعاً، والحكم المتعلق باسم الجنس يثبت بالواحد من ذلك الجنس [٤٢ب/٢]، ولهذا لو حلف لا يتزوج النساء فتزوج امرأة واحدة يحنث في يمينه والطريق ما قلنا، فهو معنى قولنا إنما هذه شركة خاصة والتقريب ما ذكرنا.

ولو كان هذا الداخل بغير إذن الإمام أصاب جارية ووطئها فولدت له ولداً فادعى ولدها فهذا على وجهين: إن وطئها هذا ثم أخرجها إلى دار الإسلام صحت دعوته قياساً واستحساناً؛ لأنه بالإحراز بدار الإسلام ملكها ملكاً خاصاً لا شراكة لأحد فيها فيصح استيلادها.

وإن كان وطئها في دار الحرب أو بعدما أخرجها إلى دار الإسلام القياس أن لا تصح دعوته ولا يثبت نسب الولد منه، ولا تصير الجارية أم ولد له، ولكن يعتق الولد فقوله: هذه أمتي إذا قال هذا بعدما أخرجها إلى دار الإسلام. وفي الاستحسان تصح دعوته ويثبت النسب منه وتصير الجارية أم ولد له، ويعتق الابن إذا أخرجها إلى دار الإسلام؛ لأنه استولد جارية له فيها حق الملك على الخصوص، وتعين له أنه ليس لأحد سوى الآخذ في هذه الجارية حق، وحق الملك على التفسير الذي قلنا يكفي لصحة الاستيلاد كما إذا استولد أمة مكاتبه وادعى نسب الولد وصدقه المكاتب.

خرج على هذا إذا استولد واحدٌ من العسكر جاريةً من المغنم حيث لا يصح الاستيلاد؛ لأن هناك لا حق للمستولد في الجارية على الخصوص، وإنما له الحق على العموم، ومثل هذا الحق لا يكفي لصحة الاستيلاد.

وأما الداخل بإذن الإمام إذا أصاب جارية وأخرجها إلى دار الإسلام فلم تخمس حتى وطئها فحملت منه ثم ولدت فادعىٰ. . .[1] الوطء القياس على القياس الذي ذكرنا في الداخل بغير إذن الإمام أن لا تصح دعوته، ولا تصير الجارية أم ولد له، ولا يثبت نسب الولد منه، ويغرم العقر، ويكون العقر والجارية به وولدها غنيمة يخمس ذلك كله

(١) بياض بالأصل.

ويكون الآخذ أربعة الأخماس في الاستحسان على ذلك القياس لا تصير الجارية أم ولد له، ولكن يثبت نسب الولد منه، ويكون الولد حراً بالقيمة فيأخذ الإمام قيمة الولد والعقر ويضم ذلك إلى الجارية، ثم يأخذ الإمام خمس ذلك ويعطي أربعة الأخماس للآخذ.

ووجه ذلك: أن الاستيلاد إن لم يصح باعتبار حق الملك فإن الشركة فيها عامة؛ لأن المساكين لا يحصون صح باعتبار .....[1] ولأنه استولدها على حسبان أنها ملكه حسباناً معتبراً؛ لأن هذه الجارية اعتبرت مملوكة له في حق الإرث حتى قالوا يورث نصيبه، وفي حق قطع شركة المدد معه فيها فحسبه أنها صارت مملوكة له في حق الاستيلاد فهو معنى قولنا إن استولدها على حسبان أنها ملكه حسباناً معتبراً، وقد ظهر أنه لا ملك له فيها وهذا هو تفسير المغرور وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة ولا تكون الجارية أم ولد للمستولد كذا ههنا، فهذا القياس والاستحسان على طريق القياس في تلك المسألة.

أما على طريق الاستحسان يصح استيلاده لأنه يصح إعتاقه فيصح استيلاده وتصير الجارية أم ولد له ويكون الولد حراً بغير قيمة إلا أنه يضمن فيه خمس الجارية وخمس عقرها للمساكين، ويكون الجواب فيه على طريق الاستحسان كالجواب في رجل استولد جارية، له من الجارية أربعة أخماسها له وخمسها لغيره والله أعلم.

في الوالد إذا احتاج إلى إخراج الغنيمة ومعه دواب من الغنيمة أو من بيت المال أو كان في كل واحد من الغانمين فضل دابة أو كان مع بعضهم فضل دابة أو لم يكن معهم فضل دابة أصلاً، وما يحل فعله في دار الحرب بضرورة

وإذا احتاج الإمام إلى حمل الغنيمة وفي الغنيمة دواب، فإنه يحمل الغنيمة عليها وينقلها إلى دار الإسلام لأن الحمولة مال الغانمين والغنيمة مال الغانمين، فهذا يحمل مالهم على مالهم فكان جائزاً وإن لم يكن في الغنيمة دواب ولكن للإمام فضل حمولة من مال بيت المال، فإنه يحمل عليها؛ لأن الحمولة مال المسلمين.

فإن لم يكن مع الإمام فضل حمولة من مال بيت المال ولكن مع كل واحد من الغانمين فضل حمولة إن طابت أنفسهم بحمل ذلك عليها بأجر فإنه يحمل عليها؛ لأن الحمل على دوابهم إنما حصل بعد إجازة انعقدت برضاهم فجازت، فأما إذا لم تطب أنفسهم بذلك لا يكرههم على ذلك بأجر، هكذا ذكر في «السير الصغير». وذكر في «السير الكبير». وقال: إنه يكرههم على ذلك بأجر المثل.

وجه ما ذكرنا في «السير الصغير»: أنه لو أكرههم على ذلك كان هذا جبراً منه على الإجارة يبدأ لصيانة المال وإنه لا يجوز كما في دار الإسلام إن أهلكت دابة إنسان في المفازة فوجد في فضل حمولة مع غيره فأراد أن يحمل عليها بأجر بغير رضا المالك، فإنه

(١) بياض بالأصل.

لا يكون له ذلك فكذلك هذا، بخلاف ما لو استأجر دابة شهراً فمضت المدة في المفازة أو استأجر سفينة، فمضت المدة في وسط البحر، فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل بغير رضا المالك؛ لأن ثمة الإجارة جازت بناء لا ابتداء، والبناء أسهل من الابتداء، فجواز البناء. . .[1] لا يدل على جواز الابتداء أو لأن الحمولة مال الغانمين والغنيمة مالهم ولا يكره الإنسان على أن يحمل ماله على ماله فهذا وجه ما ذكر في «السير الصغير».

وأما وجه ما ذكر في «السير الكبير» [٤٢ب/ ٢] وهو أن الجبر على الإجارة بأجر المثل جائز لصيانة المال كما في مسألة السفينة، فكذلك يجوز ابتداء لأنه لا فرق بين الابتداء والبناء؛ لأن في الحالين منافع دابة الغير بأجر المثل لصيانة المال.

ثم إن محمداً ذكر مسألة الرق والسفينة في «السير الكبير» وذكر. . .[1] الإمام يجعل ذلك للمستأجر كل شهر بكذا، فقد شرط أن تكون هذه الإجارة من الإمام. وذكر في «نوادر ابن سماعة» عن محمد ولم يشترط أن يكون المؤجر هو الإمام. قالوا: وليس في المسألة روايتان، ولكن تأويل ما ذكر في «السير» أن يكون الإمام حاضراً، وتأويل ما ذكر في «نوادر ابن سماعة»: أنه لم يكن ثمة إمام ولا قاضٍ يؤاجر الرق والسفينة من المستأجر. . . .[1] المستأجر استأجرت هذه كل يوم بكذا، أو يؤاجرها منه من رفقائه وأصحابه ضمان الأجر أن يعطيها بقدر ذلك استعان المستأجر بأعوانه ورفقائه حتى يترك أجر السفينة أو الرق حتى يجد سفينة أخرى أو ورقاً آخر أو. . . . .[1] آخر.

وإن لم يكن مع كل واحد منهم فضل حمولة، ولكن مع البعض منهم فضل حمولة إن طابت نفس المالك بأن يحمل عليه بأجر جاز ذلك، وإن لم يطب على رواية «السير الصغير» لا يكرهه على ذلك وعلى رواية «السير الكبير» يكرهه على ذلك، وإذ لم يجز الإكراه على الحمل على رواية «السير الصغير» وإن لم يجد دابة يستأجرها على رواية «السير الكبير» ماذا يصنع؟ قال: أما السبايا، فإنه يمشيهم إلى دار الإسلام إن أمكنهم المشي؛ لأنا أمرنا بإخراجهم إلى دار الإسلام، وقد أمكننا الإخراج إذا طاقوا المشي فيمشيهم إذ لم يجد حمولة يحملهم عليها، وإن لم يطيقوا ذلك يقتل الرجال منهم لأن لنا قتل الرجال بعد الأسر، وإن أمكننا الإخراج إلى دار الإسلام فعند عدم إمكان الإخراج إلى دار الإسلام؛ لأن يباح قتل الرجال أولى.

وأما النسوان والذراري منهم لا يقتلون، ولكن يتركون في أرض مَضْيعةٍ حتى يموتوا جوعاً وعطشاً إن أمكنهم ذلك، ولا يتركون في أرض عامرة، وذلك لأنه تعذر إخراجهم إلى دار الإسلام وتعذر قتلهم؛ لأنا نهينا عن قتلهم، ولا وجه إلى أن نتركهم في أرض عامرة لأنهم يعودون حرباً علينا أما النساء منهم؛ لأنه يحصل النسل منهن. وأما الصبيان منهم لأنهم. . . . .[1] فيعودون حرباً علينا وقد أمرنا أن نفعل بهم ما يقطع شرهم وحربهم

(١) بياض بالأصل.

عنا، فلم نجد طريقاً لذلك سوى أن نتركهم في مَضْيعة حتى يموتوا جوعاً وعطشاً.

وعن هذا قال علماؤنا رحمهم الله إن المسلمين إذا وجدوا في دار الحرب عقرباً فإنهم لا يقتلونها لكن ينزعون ذنبها قطعاً للضرر عن أنفسهم، ولا يقتلونها لأن في قتلها قطع الضرور عن الكفرة فإنه ينقطع نسلها وفيه منفعة الكفار. ولذلك قالوا: إن وجدوا حية في حالهم إن أمكنهم نزع أنيابها فعلوا ذلك قطعاً للضرر عن أنفسهم، ولا يقتلونها لأن فيه قطع نسلها، وفيه منفعة الكفار، وقد أمرنا بضده.

فإذا أصابوا غنائم فيها غنم أو دواب أو بقر، فقامت عليهم فلم يطيقوا إخراجها إلى دار الإسلام يذبحونها ثم يحرقونها بالنار، وإنما جاز الذبح لأن هذا ذبح حصل لغرض صحيح وهو قطع شركة الكفار، فيكون مباحاً قياساً على ما لو حصل الذبح للأكل بل أولى؛ لأن منفعة الأكل تخص الآكل ومنفعة هذا الذبح تعم المسلمين؛ لأن فيه كسر شوكة الكفار، وفي كسر شوكة الكفار منفعة جميع المسلمين، فلما جاز الذبح لمنفعة الأكل جاز لمنفعة كسر شوكة الكفار من طريق الأولى، فكان النص الوارد بإباحة الذبح لمنفعة الأكل وارداً دلالة بإباحة الذبح لمنفعة كسر شوكة الكفار من طريق الأولى، وكان القياس في النساء والذراري أن يقتلن حتى تنكسر شوكة الكفار إلا أنا تركنا القياس في النساء والذراري نصاً بخلاف القياس، وما ثبت نصاً بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد في النساء والذراري بخلاف القياس لا يكون وارداً في هذه الحيوانات دلالة؛ لأن حرمة هذه الحيوانات دون حرمة الآدمي حتى حل ذبحها لحاجة الآدمي والمال يعتبر وارداً رد. . .[1] فيه إلى ما تقتضيه حقيقة القياس، وإنما جاز الإحراق بالنار حتى تنقطع منفعة الكفار عنه بواحدة، فإنه متى لم يحرق بالنار أكلوها. هذا الذي ذكرنا في حق الدواب.

فأما في حق الثياب والمتاع وما يحترق بالنار من السلاح، فإنه يحرق بالنار حتى تنقطع عنه منفعة الكفار بواحدة، فأما إذا كان سلاحاً لا يحترق بالنار بأن كان من الحديد ماذا يصنع؟ لم يذكر هذا في «السير الصغير» وذكر في «السير الكبير» أنه يدفن؛ لأن أقصى ما ينقطع منفعتهم في الحديث الدفن لما تعذر الإخراج إلى دار الإسلام، فأما ما يحترق بالنار فأقصى ما يؤدي إلى قطع منفعتهم الإحراق وذكر في موضع آخر من «السير الكبير»: إذا أراد الإمام أن لا يذبح الغنم والبقر ولا يحرقها بل يتركها كذلك في أرض الحرب فله ذلك، وكذلك كل ما لا يستعينون به في قتال المسلمين لو أراد أن يتركه كذلك فله ذلك؛ لأنه يجوز للتاجر إدخال هذه الأشياء من دار الإسلام في دار الحرب فلأن يجوز إبقاء ما كان لهم من هذه الأشياء في دارهم أولى، أما ما لا يجوز للتاجر إدخال ما يستعينوا به على قتال المسلمين في دارهم ابتداءً فلا يجوز إبقاء ذلك [٤٣ب/ ٢] في دارهم أيضاً.

وفي «السير الكبير»: إذا أراد أمير العسكر أن يرسل رسولاً من دار الحرب إلى دار

---

(١) بياض بالأصل.

الإسلام لشيء من أمور المسلمين ولم يقدر الرسول أن يخرج إلى دار الإسلام إلا فارساً، ولبعض أهل العسكر فضل فرس؛ يسأله الأمير أن يعطيه فرسه للرسول ليركبه فأبى صاحب الفرس. . . . .[1] ذلك والإمام فيه.

وفي «المنتقى»: إبراهيم بن رستم عن محمد: نساء من أهل الإسلام مُتْنَ في دار الحرب . . . .[1] أهل الحرب النساء الأموات قال: يسعنا أن نحرقهن بالنار.

قال هشام في «نوادره» عن محمد: قوم من المسلمين دخلوا أرض الروم، فطلبهم قوم من الروميين فحادوا عن الطريق وأخفوا أنفسهم، فرأتهم امرأة منهم أو صبي وهم يخافون أن يدل الصبي أو المرأة عليهم أهل . . . .[1]، وهم لا يقدرون على حمل المرأة أو الصبي مع أنفسهم فلا بأس بأن يقتلوا المرأة أو الصبي والله أعلم.

في الحربي يقهر حربياً آخر هل يملكه؟ وهل تنفذ تصرفاته فيه؟

قال محمد رحمه الله في «السير الصغير»: وإذا غلب قوم من أهل الحرب على قوم أخر من أهل الحرب، فاتخذوهم عبيداً للملك ثم إن الملك وأهل أرضه أسلموا أو صاروا ذمة، فأولئك المغلوبين عبيد له يصنع بهم ما شاء؛ لأنهم نُهبة فالمقهورين منهم صاروا مملوكين للقاهر بإحرازه إياهم بمنعته؛ لأن قهره بالذين هم جنده يطيعونه كقهره بنفسه، فأما جنده الذين غلب بهم فهم أحرار؛ لأنه كان قاهراً لهم، فكانوا قبل الإسلام أحراراً وبالإسلام تتأكد حريتهم ولا تبطل.

فإن حضر الملك الموت فورث ماله بعض ملته دون بعض أو جعل لكل واحد من ملته موضعاً معلوماً، فإن كان صنع ذلك قبل أن يسلم أو يصير ذمة ثم أسلموا أو صاروا ذمة فهو جائز على ما صنع؛ لأن الولد الذي ملكه أبوه صار مالكاً لما أعطاه ولو فعل ذلك بعد موت أبيه لقوة نفسه أو أتباعه كان يتم ملكه، فكذلك إذا فعله بقوة أبيه ومنعته، وما كان هو مالكاً له قبل الإسلام فبالإسلام يتأكد ملكه.

توضيحه: أنهم فعلوا ذلك في حال لم يكونوا ملتزمين أحكام الإسلام لا بالإسلام ولا بما جعل خلفاً عنه في الأحكام وهو الذمة، وما فعل الحربي في حال لم يكن ملتزماً أحكام الإسلام لا يتعرض له بعد الإسلام، وكذلك إن كان فعله وهو موادع للمسلمين بشرط أن لا تجري عليهم أحكام الإسلام كان جميع ما صنع جائزاً؛ لأنه صنع في حال لم يكن ملتزماً أحكام الإسلام.

وإن كان جعل ماله لأحد بنيه، فظهر عليه الابن الآخر بعده فقتله أو نفاه وغلب على ما في يده، فإن فعل ذلك وهما حربيان أو موادعان على التفسير الذي قلنا كان ابن القاهر ما غلب عليه من ذلك؛ لأنه ما يقهر يصير متملكاً عليه ذلك المال؛ لأنه حربي قهر حربياً أو أخذ ماله.

---

(١) بياض بالأصل.

وإن فعل هذا الابن ذلك فأخذهما مسلم فكذا الجواب، أما إذا كان القاهر حربياً فلأن هذا حربي قهر مسلماً أو ذمياً وأخذ ماله فيملك ماله، وأما إذا كان القاهر مسلماً أو ذمياً فلأن هذا مسلم أو ذمي قهر حربياً أو أخذ ماله فيملكه حتى جميع ما أخذه يكون سالماً له إن أسلم؛ لأنه ملكه بالقهر وتأكد ملكه بالإسلام.

وإن كان الابن القاهر صنع ذلك وهما مسلمان أو ذميان لا يملكه حتى لو أسلم أمر بالرد؛ لأن الذمي لا يملك مال الذمي بالقهر، وكذلك المسلم لا يملك مال المسلم بالقهر، ولا ينبغي للمسلمين أن يشتروا شيئاً منه من ذلك لأنه غاصب غير مالك، وهو مأمور بالرد فلا يسع أحداً أن يشتري منه شيئاً من ذلك، فإن اشتراه أخذ الأول منه بغير ثمن؛ لأن البائع لم يكن مالكاً فكذا المشتري منه لا يصير مالكاً بل يؤمر برده على المالك مجاناً.

ثم إن محمداً رحمه الله وضع أصل المسألة فيما إذا غلب قوم من أهل الحرب على قوم أخر من أهل الحرب، واتخذوهم عبيداً للملك، وهذا إشارة إلى أن الحربي إذا قهر حربياً آخر يملكه إذا كانوا يرون ذلك وأشار أن الكتب في هذا الفصل متعارضة وأقاويل المشايخ فيه مختلفة، بعض مشايخنا على أن بمجرد القهر يثبت الملك.

وإليه أشار محمد رحمه الله في بعض الكتب. فقد ذكر في «السير الكبير»: إذا أسر الترك امرأة في أرض الروم فإن أسلمت قبل أن يدخلها دارهم فهي حرة وإن أدخلوها دارهم فهي رقيقة وإن أسلمت بعد ذلك؛ لأنها ما دامت في دارها بالقهر والغلبة لا يستتم لأن للترك منعة العسكر، وللروم منعة الدار فلم تنقطع علائق منعة الروم بأسرها ولم تستكمل الغلبة وبدون تمام القهر لا يثبت، فالإسلام سبق الرق لمنع ثبوته، فأما إذا أدخلوها دارهم فقد استتم القهر والغلبة وصارت رقيقة، فالإسلام طرأ على الرق فلا يزيله فقد اعتبر القهر والغلبة في هذه المسألة ولم يعتبر رؤيتهم ثبوت الملك. وبعض المشايخ على أن رؤيتهم ذلك شرط، وإليه أشار محمد رحمه الله في بعض الكتب، وهكذا ذكر في «فتاوى الفضلي»، وعن محمد رحمه الله في «النوادر» أيضاً لأن الحربي لا يملك حربياً آخر بالقهر.

وفي «السير الكبير»: في باب من بدأ المشركين في الموادعة أن الحربي [٤٣ب/ ٢] إذا قهر حربياً مثله إن كان في حكم ملكهم أن الحربي إذا قهر حربياً آخر في دار الحرب ملكه يملكه، وإن لم يكن من حكم ملكهم ذلك لا يملكه؛ لأنه إذا لم يكن من حكم ملكهم من ذلك كان . . . .[1] أن يضرب ملكهم على أيديهم فلا يتم القهر فلا يملكه، وإن كان قهره بإذن ملكهم ملكه، وإن كان من حكم ملكهم أن الحربي لا يملك الحربي بالقهر لأن فعله بإذن الملك كفعل الملك بنفسه، ولو أن الملك قهر حربياً يصير ملكاً له وإن كان من حكم الملك أن الحربي لا يملك الحربي بالقهر؛ لأنه ليس فوق الملك في

(١) بياض بالأصل.

دار الحرب أحد يضرب على يديه، فلم يكن . . . .[1] الأخذ منه.

مسلم دخل دار الحرب بأمان واشترى من أحدهم ابنه أو ابنته، اختلف المشايخ فيه، أكثرهم قالوا: لا يجوز بيعه مطلقاً، وهكذا روي عن محمد رحمه الله نصاً في «النوادر» وكتبت في «شرح السير الكبير» في أبواب الموادعة مسألة تدل على هذا القول.

وقال أبو الحسن الكرخي رحمه الله: إن كانوا يرون جواز البيع فالبيع جائز، وإن كانوا لا يرون ذلك لا يجوز لأنهم إذا كانوا لا يرون جواز البيع فيبيعون بطريق القهر والغلبة، والحر الحربي يملك بالقهر والغلبة ولا كذلك إذا كانوا لا يرون جواز البيع، وبعض مشايخنا قالوا: إن باعه بعدما قهره جاز البيع فإن باعه قبل القهر لا يجوز، والصحيح ما عليه أكثر المشايخ لأن أكثر ما فيه أنه يملكه بالقهر، ولكن يعتق عليه بحكم القرابة فإذا باع فقد باع ما لا يملك فيكون بيعه باطلاً ثم إذا بطل البيع على قول أكثر المشايخ فإذا أخرجه إلى دار الإسلام هل يملكه؟ اختلفوا فيما بينهم، عامتهم على أنهم إن كانوا يرون جواز البيع أو كان البائع قد قهره أولاً أنه يملكه؛ لأنهم إذا كانوا يرون جواز البيع يبيعون بالقهر وكذلك إذا قهره أولاً يبيعه بالقهر فيخرجه المشتري بالقهر أيضاً والحربي يملك بالإخراج إلى دار الإسلام قهراً، وإن كانوا لا يرون جواز البيع أو كان البائع لم يقهره قبل البيع ينظر إن ذهب به المشتري على كره منه ملكه؛ لأنه ابتداءُ قهرٍ على الحربي وإن ذهب به وهو طائع لا يملكه لأنه لم يوجد منه القهر والحر الحربي لا يملك إلا بالقهر والغلبة.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: رخل دخل دار الحرب بأمان فاشترى ابناً لبعضهم فالشراء جائز ولا يجبر على الرد، ولكنا نعنيه بالرد، وفي قول أبي يوسف رحمه الله يجبروه على رده إذا خاصم.

وقال أبو يوسف رحمه الله في حربي دخل إلينا بأمان ومعه ابن له وابن لبعض أهل الحرب. . . .[1] اشترى ابنه رجل من أهل الإسلام فإن شراءه باطل، وليس له أن يبيع ولده وله أن يبيع ولد غيره. وعن أبي يوسف أيضاً في رجل دخل دار الحرب بأمان فسرق منهم إنساناً فخرج به فإني أقول له: لا يسعك ما صنعت، وإن باعه أجزت بيعه لأنه ملكه.

وفي «العيون»: أهدى ملك من ملوك أهل الحرب إلى رجل من المسلمين هدية من أحرارهم أو من بعض أهله، فإن لم يكن بين المهدي والمهدى قرابة كانوا مماليك للمهدى إليه؛ وإن كان المهدى ذا رحم محرم من المهدي أو امرأة له قد ولدت منه لم يصر ملكاً للمهدى إليه لأن في الوجه الأول المهدي لو استولى على المهدى ملكه فكذا المهدى إليه وفي الوجه الثاني لا.

وفي «النوازل»: متغلب في بلاد الشرك قهرهم ثم أسلموا أيكونوا مماليكه؟ إن

(١) بياض بالأصل.

قهرهم واستذلهم على وجه السخرية فهم أحرار؛ لأنه لم يملكهم وإن استرقهم واستعبدهم فهم عبيد.

وفي «بيوع النوازل» أيضاً: بلدة يدعي أهلها الإسلام يصلون ويصومون ويقرؤون القرآن ومع هذا يعبدون الأوثان، فأغار عليهم المسلمون وسبوهم، فأراد إنسان أن يشتري من تلك السبايا، فإن لم يكونوا مقرين بالعبودية لملكهم جاز شراء الصغار والنساء دون كبار ذكورهم؛ لأنهم لما أقروا بالإسلام ثم عبدوا الأوثان ـ والعياذ بالله ـ كانوا مرتدين، وإن كانوا مقرين بالعبودية لملكهم جاز سوى الكبار منهم أيضاً لأنهم أقروا بالمملوكية وبه ختم.

في قسمة الغنائم والمسائل المختصة بها

هذا الفصل أنواع: **الأول**:

في بيان مكان القسمة .....[(١)]
وفي موت واحد من الغزاة قبل القسمة وبعدها

يجب أن يعلم بأن محمداً رحمه الله ذكر مسألة القسمة في مواضع مختلفة بألفاظ مختلفة، في بعض المواضع يقول: الأفضل لإمام المسلمين إذا أصاب غنيمة في دار الحرب أن لا يقسمها، ولا يبيعها حتى يخرجه من دار الحرب ويحرزها في دار الإسلام. وفي بعض المواضع يقول: ولا تقسم الغنائم في دار الحرب ولا تباع حتى تخرج إلى دار الإسلام، وهو قول علماء العراق. وفي بعضها يقول: ويكره قسمة الغنائم في دار الحرب، قال: ولو قسمها في دار الحرب تنفذ قسمته.

واعلم بأن هذه المسألة على وجهين: أما إن قسمها في حال فور الهزيمة، وفي هذا الوجه لا تنفذ قسمتها بالإجماع. وأصل مسألة القسمة تبنى [١٤٤أ/ ٢] على أن سبب الملك هل يتم بعد استقرار أمر الهزيمة قبل إحراز الغنيمة بدار الإسلام؟ والمذهب عندنا أنه لا يتم وهو قول علي رضي الله عنه، وعلى قول الشافعي يتم، وهو قول عمر رضي الله عنه.

والوجه لعلمائنا في ذلك: أن سبب الملك في أموال الكفرة القهر والغلبة عليهم وإزالة أيديهم عن المال، وكل ذلك ما داموا في دار الحرب، أما القهر فلأن أرباب هذه الأموال إن انهزموا لم ينهزم سائر أهل الحرب، وجميع أهل الحرب ينصر بعضهم بعضاً، ويتقوى بعضهم ببعض؛ لأنهم في حق الذود عن الدين وفي حفظ الدار كشخص واحد، فصار من حيث التقدير كأن جميع أهل الحرب شهدوا الوقعة وانهزم البعض. ولو كان هكذا كان لا يتم القهر على المنهزمين فكذا ههنا. وأما إزالة اليد فلأن يدهم إن زالت عن المال حقيقة فقد بقيت اعتباراً؛ لأن المال في دارهم بعد وما في دار الإنسان كأنه في يده من حيث الاعتبار.

كان ينبغي أنه إذا قسمها في دار الحرب أن لا تنفذ قسمته أصلاً كما لو قسمها في

(١) بياض بالأصل.

حال فور الهزيمة إلا أنها إنما نفذت؛ لأنها صادفت محلاً مجتهداً فيه؛ لأن سبب الملك قد تم عند بعض الفقهاء ولم يتم عند البعض، فكان الموضع موضع الاجتهاد فإذا . . . . .(١) اجتهاده إن . . . . .(١) بسبب الملك قد تم بعد استقرار أمر الهزيمة وقسمها، فقد حصل فعله في محل مجتهد فيه فنفذ، ولكن يكره له ذلك؛ لأنه خلاف السنة فرسول الله عليه السلام ما قسم الغنائم إلا في دار الإسلام، بخلاف ما لو قسم في حال فور الهزيمة لأن هناك فعله ما حصل في محل مجتهد فيه؛ لأن أحداً لم يقل بتمام سبب الملك حال فور الهزيمة أما ههنا بخلافه.

ويبنى على الأصل الذي قلنا ما إذا مات واحد من الغانمين بعد إصابة الغنيمة في دار الحرب إن مات في حال فور الهزيمة لا يورث نصيبه بلا خلاف، وإن مات بعد استقرار أمر الهزيمة قبل القسمة لا يورث نصيبه عندنا وإن مات بعد القسمة في دار الحرب أو بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة يورث نصيبه بلا خلاف.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء. وأهل العطاء من يعمل لعامة المسلمين، كالقاضي والمفتي والمدرس والغازي الذي أثبت اسمه في الديوان، فهم لا يستحقون العطاء في كل سنة من مال بيت المال، وأراد بالعطاء الرزق والكفاية، وإنما استحقوا ذلك لأنهم فرغوا أنفسهم لعمل المسلمين فتكون كفايتهم في مال بيت مال المسلمين، وقد كانت العطية في زمن رسول الله عليه السلام لهؤلاء ولمن له مزية حرمة في الإسلام مثل أزواج النبي عليه السلام وأولاد المهاجرين والأنصار ولمن كان عاجزاً ويحتاج إلى معونة. وكانت تخرج في آخر كل سنة فإذا مات واحد منهم قبل نصف السنة فإنما مات قبل القبض فلا يورث نصيبه من ذلك لأن هذا في الحقيقة تبرع وصلة، والصلات لا تملك قبل التسليم، والإرث لا يجري في غير المملوك. ولهذا قلنا: لو مات واحد منهم في آخر السنة قبل خروج العطاء لا يورث ذلك منه لأن استحقاقه بطريق الصلة فلا يتم قبل القبض فلا يجري فيه الإرث.

والحاصل: أن الإرث يبتني على خروج العطاء، ومن مات منهم بعد خروج العطاء يورث ذلك منه ومن مات منهم قبل خروج العطاء لا يورث ذلك منه سواء مات في نصف السنة أو في آخر السنة.

قالوا: وإنما تكره القسمة في دار الحرب عند علمائنا رحمهم الله حالة الاختيار أما في حالة الضرورة فلا بأس به. ومن الضرورة أن يكون في الغنيمة ثياب وقد احتاج الغانمون إليها بأن كان زمان برد، فمتى كانت الحالة هذه فالإمام يقسمها صيانة لهم عن الهلاك. ومن ذلك لو اجتمعوا وطلبوا القسمة من الإمام في دار الحرب، فإن الإمام يعظهم وإذا لم يقبلوا عظتة قسمها بينهم مخافة الفتنة. وكذلك إذا لم يكن مع الإمام ظهر يحمل الغنيمة عليها، فإنه يقسمها بينهم حتى يكلف كل واحد في حمل نصيبه؛ لأنه لو لم يقسمها في هذه الحالة خاف على المصاب فكان النظر في القسمة وبه ختم.

---

(١) بياض بالأصل.

نوع آخر

إذا جمع الإمام نصيب كل شخص من الغزاة في جنس مال

وإذا قسم الإمام الغنائم بين المسلمين وكانت الغنائم رقيقاً ومتاعاً وغير ذلك بإعطاء بعضهم رؤوساً، وبعضهم دواباً، وبعضهم دراهم أو دنانير، وبعضهم خيلاً أو سلاحاً على سهام الخيل والرجالة فذلك جائز، فعل ذلك برضا الغانمين أو بغير رضاهم فعل ذلك في دار الحرب أو في دار الإسلام.

أما إذا فعل ذلك في دار الحرب أو في دار الإسلام، أما إذا فعل برضاهم فلأنهم لو فعل مثل هذه القسمة في الشركة الخاصة برضا الشركاء بأن كان بين أقوام .....(1) صنوف مختلفة من أجناس المال بالميراث أو بالشراء، فجمع نصيب كل واحد منهم في جنس مال باعتبار القيمة جاز ذلك، فلأن تجوز مثل هذه القسمة في الشركة العامة برضا الغانمين أولى.

وأما إذا كان بغير رضا الغانمين فرق بين هذا وبينما إذا كانت الشركة خاصة فلأنه لا يجوز مثل هذه القسمة من غير رضا الشركاء حتى إن بعض الشركاء إذا طلب من القاضي أن يجمع حق كل واحد منهم في جنس [٤٤ب/ ٢] مال باعتبار القيمة وأبى الباقون فإنه لا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك.

والفرق: أن في الشركة الخاصة المحل المشترك قبل القسمة مملوك للشركاء من كل وجه في حق الأحكام كلها، حتى لو مات واحد من الشركاء يورث نصيبه، ولو باع نصيبه أو وهب نصيبه يجوز، ولو أعتق واحد منهم نصيبه نفذ عتقه. وإذا كان الملك ثابتاً للشركاء في المحل المشترك قبل القسمة من كل وجه فمتى جمع القاضي نصيب كل شريك في جنس مال من غير رضا شريكه يصير القاضي بائعاً نصيب الأولى من بعض المال من طالب القسمة بغير رضا الأولى، وذلك لا يجوز.

فأما الغنيمة ما دامت في دار الحرب ولم تقسم بعد فهي غير مملوك للغانمين في حق جميع الأحكام أو في حق أكثرها، حتى لو مات واحد منهم لا يورث نصيبه ولو ملك أحدهم نصيبه بعوض أو بغير عوض لا يجوز ولو أعتق واحد منهم واحداً من السبي لا يجوز، ولو استهلك شيئاً من الغنيمة لا يضمن.

و بعدما أحرزت بدار الإسلام صارت مملوكة لهم في حق الميراث حتى إذا مات واحد من الغانمين يورث نصيبه وفي حق الضمان بالاستهلاك حتى إذا استهلك شيئاً من الغنيمة يضمن حصة أصحابه ولم تصر مملوكة لهم في حق التمليك بعوض وبغير عوض، وفي حق العتق والاستيلاد حتى لو أعتق واحد نصيبه أو باعه أو وهبه أو استولد أمة لا يصح شيء من ذلك.

إذا ثبت هذا فنقول ما دامت الغنيمة في دار الحرب فهي غير مملوكة للغانمين في

---

(١) بياض بالأصل.

حق جميع الأحكام، أو في حق أكثر الأحكام والعبرة للراجح، وبعدما أخرجت إلى دار الإسلام فهي مملوكة للغانمين في حق أكثر الأحكام والعبرة للراجح، فكأنها غير مملوكة لهم أصلاً، وإذا لم تكن مملوكة للغانمين لم يكن القاضي بالقسمة بائعاً نصيب البعض من البعض بل يكون مملوكاً من كل فريق فأعتقه له ابتداء بالقسمة، فإنما يثبت الملك لهم على حسب ما ملكه الإمام منهم، ولو سلمنا أن الإمام في فصل الغنيمة يصير بائعاً نصيب البعض من البعض، إلا أن للإمام أن يبيع جميع الغنائم ويقسم الثمن بين الغانمين لو رأى المصلحة في ذلك، فلأن يكون له ولاية بيع نصيب البعض في القسمة كان أولى وبه ختم.

نوع آخر
في الخطأ يظهر في القسمة في الغنيمة

إذا قسم الإمام الغنائم وأخذ كل ذي حق حقه فأصاب رجل من المسلمين جارية من المغنم وتفرق الجند، ثم إن الجارية التي أصابها ذلك الرجل ادعت أنها جارية حرة من أهل الذمة سباها مشركون وأقامت على ذلك شاهدين عدلين مسلمين لأن هذه شهادة قامت على المسلمين ولا يقبل على المسلم إلا شهادة مسلم وإنما قضى الإمام بحريتها لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عياناً ولو عاين الإمام ما شهد به الشهود قضى بحريتها فكذا ههنا وإذا قضى الإمام بحريتها هل نقض القسمة؟ فالقياس أن ينقض وفي الاستحسان لا ينقض، إذا كان المستحق.....[1]

قلنا: إن كان جارية أو جاريتين أو ثلاثة وقد تفرق الجند إلى منازلهم....[1] فأما إذا لم يتفرق أو تفرقوا إلا أن المستحق كان كثيراً بأن كان زيادة على الثلاث فإنه ينقض القسمة قياساً واستحساناً، وعلى هذا القياس والاستحسان.

إذا قسم الإمام الغنائم بين الجند وقبض كل واحد منهم نصيبه وتفرقوا إلى منازلهم، ثم جاء رجل وادعى أنه كان شهد الوقعة معهم وأقام على ذلك شاهدين، وقضي له بذلك، القياس أن ينقض القسمة، وفي الاستحسان لا ينقض ويعوض من بيت المال قيمة نصيبه، فعلى وجه القياس جعل القسمة نظير القسمة في الشركة الخاصة وفي الشركة الخاصة إذا استحق نصيب الشركاء ينقض القسمة، كذا في الشركة العامة.

وجه الاستحسان: أن بعد تفرق الجند إلى منازلهم إما أن نقول نقض هذه القسمة وإعادتها متعذر، أو نقول في نقضها وإعادتها مرة أخرى حرج، والحرج منفي شرعاً، وإنما قلنا ذلك لأن الإمام يحتاج إلى جمع الغانمين وجمع ما في أيديهم، وكل ذلك متعذر أو فيه حرج خصوصاً إذا كان الجند عظيماً وكان مساكنهم في أطراف البلاد وتعويض نصيب المستحق عليه وإعطاء نصيب الغائب من مال بيت المال ممكن؛ لأن المغنم القليل من الغنيمة يكون لبيت المال جاز حتى الإمام إذا قسم الغنائم وفضل فضلة

(١) بياض بالأصل.

لتعذر قسمتها وضع الفضلة في بيت المال.

وإذا كان المغنم القليل من الغنيمة لبيت المال جاز أن يكون الغرم القليل الذي لا يضر بيت المال على بيت المال أيضاً. وإذا أمكن تعويض نصيب المستحق عليه من بيت المال في هذه الصورة صرنا إليه، ولم يحكم بنقض القسمة وإعادتها مرة أخرى دفعاً للحرج بخلاف ما إذا لم يتفرق الجند لأن هناك يمكن نقض القسمة وإعادتها مرة أخرى من غير حرج فنقضناها وأخذنا بالقياس وألحقنا الشركة العامة بالشركة الخاصة. وبخلاف ما إذا كان المستحق شيئاً كثيراً؛ لأن هناك تعذر تعويض .....[1] مال بيت المال ممكن، لأن المغنم الكبير [١٤٥/ ٢] من الغنيمة جاز أن لا يكون لبيت المال، فإن الفضل الكبير من الغنيمة التي لا يتعذر قسمته بين الغانمين لا يوضع في بيت المال بحال من الأحوال، فالغرم الكثير لا يكون على بيت المال أيضاً، فيتعين نقض القسمة ضرورة وإذا انتقضت القسمة فيما إذا كان المستحق كثيراً بعد هذا اختلفت الروايات.

ذكر في بعضها: أن الإمام يقول للمستحق عليه نصيبه: ائت بمن قدرت عليه من الجند، وفي بعض الروايات يقول: الإمام يتولى جمعهم لنفسه وأي الأمرين ما اختار الإمام فهو جائز، هذا وينظر إلى الغنيمة فإن كانت الغنيمة عروضاً أو مكيلاً أو موزوناً من أصناف مختلفة فإن الإمام يأمر المستحق عليه حتى يأخذ من يد الذي قدر عليه ما يخصه لو قسم ما في يده بينه وبين جميع الجند كأنه ليس مع ما في يده غنيمة أخرى حتى أنه لمن كان ما في يد الذي قدر عليه من الجند بحال لو قسم ذلك بين المستحق عليه وبين الذي قدر عليه وبين جميع الجند كأنه ليس معه غنيمة أخرى نصيب المستحق من ذلك العشر مثلاً، فإنه يأخذهما في يد الذي قدر عليه العشر وليس له أن يأخذ نصف ما في يده كأنه ليس معهما غيرهما ويقول له: حقي وحقك سواء فرق بين هذا وبينما إذا كانت الغنيمة كلها مكيلاً أو موزوناً من صنف واحد فإنه يأخذ من يد الذي قدر عليه نصف ما في يده حتى يستويا كأنه معهما غيرهما وبه ختم.

نوع آخر في بيان ما يكره قسمته مما يوجد في الغنيمة وما لا يكره

قال محمد رحمه الله: إذا أصاب المسلمون غنائم كان فيما أصابوا مصحف فيه شيء من كتب اليهود أو النصارى لا يدرى أن فيه توراة أو زبوراً أو إنجيلاً أو كفراً فإنه لا ينبغي للإمام أن يقسم ذلك في مغانم المسلمين مخافة أن يقع في سهم رجل من المسلمين لا يبالي من بيعه من المشركين وبيعه من المشركين إذا كان لا يدري أن المكتوب فيه كفر أو غير ذلك؛ لأنه على تقدير أن المكتوب كفر كان البيع منهم سبباً للضلال والإضلال وذلك حرام، فإذا كان لا يدري أن المكتوب ماذا واحتمل أنه يكون كفراً كره البيع منهم، وإذا كان بيعه من المشركين مكروهاً كانت القسمة التي تصير وسيلة إلى البيع منهم مكروهةً أيضاً، ولا ينبغي أن يحرق بالنار مخافة أن يكون المكتوب فيه شيء من أسماء الله تعالى

(١) بياض بالأصل.

وإحراق مكتوب فيه من أسماء الله تعالى مكروه؛ لأنه نوع استخفاف باسم الله تعالى.

قالوا: وتصير هذه المسألة رواية عن علمائنا رحمهم الله في المصحف إذا خلق وتعذرت القراءة منه أن لا يحرق بالنار خلافاً لما قاله بعض المتكلمين واحتجوا بحديث يروى عن عثمان رضي الله عنه أنه حرق المصاحف ونحن نقول إنه مما لا يكاد يصح وإنما هذه فرية افتراها على عثمان من. . .[1]

وإذا كره إحراقه ننظر بعد هذا إن كان لورقه قيمة وينتفع به بعد المحو والغسل بأن كان مكتوباً على جلد مدبوغ أو ما أشبه ذلك، فإنه يمحى ويجعل الورق في الغنيمة وإن لم يكن لورقه قيمة ولا ينتفع به بعد المحو فإن كان مكتوباً على. .[1] يغسل وهل يدفن وهو على حاله؟ إن كان موضعاً لا يتوهم وصول يد الكفرة إليه يدفن وإن كان موضعاً يتوهم وصول الكفرة إليه لا بد من غسله مخافة أن يطلبوه ويستخرجوه ويأخذوا مما فيه فيزيدهم إضلالاً على إضلال.

وإن أراد الإمام بيعه من رجل مسلم، فإن كان الرجل الذي يريد شراءه ممن يخاف عليه أن يبيعه من المشركين برغبة منه في المال يكره بيعه منه، وإن كان موثوقاً به ويعلم أنه لا يبيعه من المشركين فلا بأس ببيعه منه.

قال مشايخنا: والجواب في بيع كتب الكلام على هذا التفصيل إن كان الذي يريد شراءه ممن يخاف عليه الإضلال والفتنة يكره للإمام أن يبيعه منه، وإن كان موثوقاً به لا يخاف عليه الإضلال والفتنة لا يكره بيعه منه.

قال: وإن وجدوا في الغنيمة قلائد ذهب أو فضة فيها الصليب والتماثيل فإنه يستحب كسرها قبل القسمة مخافة أن تقع في أيدي العدو فيعبدونها ثانياً، فتصير قسمتها قبل الكسر سبباً لأمر لا يحل، وإن أراد بيعها من رجل فهو على التفصيل الذي ذكرنا فيما إذا وجد في الغنيمة مصاحف لا يُدرى أن فيه كفراً أوفيه كتاب الله تعالى، إن كان الرجل الذي يريد شراءه موثوقاً لا يخاف عليه بيعه من المشركين طمعاً منه في المال فإنه لا بأس بالبيع منه، فإن كان غير موثوق به ويخاف عليه بيعه من المشركين طمعاً منه في المال فإنه يكره بيعه منه، وإن كان الصليب والتماثيل في الدراهم المضروبة والدنانير المضروبة فأراد بيعها من غيره قبل الكسر فأراد قسمتها قبل الكسر فلا بأس به بخلاف ما لو كانت في القلائد وعلى ما يلبس، فإنه يكره بيعها قبل الكسر ممن لا يوثق به.

والفرق: أن أهل الشرك لا يعظمون الصليب والتماثيل التي على الدراهم فلا يصير البيع والقسمة قبل الكسر سبباً لأمر لا يحل عسى أنهما يعظمون الصليب والتماثيل التي على القلائد وعلى ما يلبس من الثياب فقسمتها وبيعها قبل الكسر عسى تصير سبباً لما لا يحل، وما أصيب مما له ثمن نحو كلب الصيد وسائر الجوارح من البزاة والصقور، فإنه [٤٥ب/ ٢] يكون غنيمة تقسم بين الغانمين كغيرها من الأموال.

---

(١) بياض بالأصل.

وكذلك ما أصيب من صيود البر والمعادن والكنوز وما أصاب الغواصون المسلمون من بحارهم فهو كله يدفع عنه الخمس ويقسم الباقي بين الغانمين؛ لأنه مال وصل إلينا من أيدي أهل الحرب على سبيل الجهاد بقوة الجيش ومنعتهم، فإنه لولا قوة الجيش ومنعتهم ما توصل إلى أخذ هذه الأموال والسمك وسائر الصيود التي تصطاد مما يؤكل لحمها فالحكم فيها كالحكم في سائر المأكولات.

ويكره الاصطياد بصقر الغنيمة وبازيها وكلابها؛ لأنه نوع انتفاع بما ليس بمأكول ولا مشروب من الغنيمة قبل القسمة والبيع من غير حاجة وضرورة يكره كما يكره ركوب دواب الغنيمة قبل القسمة وقبل البيع ويجوز قسمة الهرة؛ لأن بيعها جائز وما جاز بيعه جاز قسمته.

وإن وجد المسلمون فرساً مكتوب عليه: حبيس في سبيل الله، فهذا والذي يوجد غير مكتوب عليه شيىء سواء؛ لأن السمة محتملة قد تكون من المالك وقد تكون من غير المالك وقد يكتب المالك ذلك، ثم لا يخرجه من يده فلا يصير حبيساً عند محمد رحمة الله عليه فلا يكون للسمة عبرة. ثم [هل] يجعل هذا للمسلمين، أو لأهل الحرب، يستدل على ذلك بالمكان الذي وجد فيه، فإن وجد في مكان الغالب فيه المسلمون أو كان بقرب المسلمين فإنه يجعل للمسلمين فيكون لقطة فيفعل به ما يفعل بسائر اللقطات، وإن وجد في مكان الغالب فيه المشركون أو كان بقرب المشركين فإنه يجعل لأهل الحرب ويكون غنيمة فيفعل [به] ما يفعل بسائر الغنائم.

ولو أخذه المسلمون من المشركين فشهد قوم من المسلمين أنه من الخيل الحبيس وقد قسمه الإمام في الغنائم أو باعه أو لم يقسمه ولم يبعه وحضر صاحبه الذي كان في يده أخذه صاحبه بغير شيء وجده قبل القسمة أو بعد القسمة، وكان الجواب فيه كالجواب في المدبر وأم الولد، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وهذا لأن الحبيس لا يملك بسائر أسباب الملك عندهما فلا يملك بالاستيلاء كالمدبر وأم الولد، والله أعلم.

في هدية ملك أهل الحرب يبعثها إلى أمير جيش المسلمين

قال محمد رحمه الله: ما ينفذه ملك العدو إلى أمير جيش المسلمين أو إلى الإمام الأكبر وهو مع الجيش فإنه لا بأس بقبولها وتصير فيئاً للمسلمين تجري فيها أحكام الغنيمة، فأما لا بأس بقبولها لما روي أن رسول الله عليه السلام «كان يقبل هدايا المشركين قبل هدايا المقوقس، وهدايا النجاشي قبل إسلامه»(١).

فإن قيل: أليس أنه روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن هدايا المشركين(٢).

قلنا: الأخبار قد تعارضت في هذا الباب فلا بد من التوفيق.

فنقول: ما روي من النهي عن هدايا المشركين محمول على ما إذا كان يقبلها أمير

---

(١) انظر أبا داود في الطهارة حديث ١٥٥.

(٢) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

الجيش لنفسه خاصة، ولا يقسمها بين الغانمين وإن لم يكن أمير جيش فالنهي محمول على ما إذا كان يقبلها لنفسه، ولا يضعها في بيت المال حتى تصير للمسلمين، ومتى كانت الحالة هذه لا يقبلها لأنه متى قبلها ولم يقسمها ولم يضعها في بيت المال كان غالاً، والغلول حرام منهي عنه، وما روي في إباحة القبول محمول على ما إذا كان يقبلها لتقسيمها بين الغانمين أو ليضعها في بيت المال، وفي التوفيق وجهان آخران؛ يأتي في كتاب الاستحسان.

قال مشايخنا: وفيما ذكر محمد رحمه الله دليل على أنه لا بأس بقبول الهدية من الأمير الفاسق؛ لأنه يوافقنا في الدين والإسلام وإن كان يخالفنا في التعاطي، ولكن بعد أن يكون جميع ماله أو أكثر ماله حلالاً فالعبرة للغالب في إباحة القبول حالة الاختيار كما في حق إباحة الأكل، فأما إذا كان جميع ماله أو أكثر ماله أو نصف من ماله حراماً لا ينبغي له أن يقبل حالة الاختيار، كما لا ينبغي له أن يأكل حالة الاختيار إذا كان أكثر ماله أو النصف من ماله حراماً.

ثم هذه الهدية تصير غنيمة يقسمها الأمير بين الغانمين؛ لأن المقصود من هذه الهدية الأمير والجيش لا الأمير وحده، وهذا لأن الإنسان إنما يهدي إلى غيره في الغالب إما رهبة منه أو رغبة فيه، ولا يرهب من الأمير وحده، ولا يرغب فيه لأجله؛ لأنه واحد من المسلمين وإنما يرغب فيه ويرهب منه لمنعته وقوته بسبب الجيش فهو معنى قولنا: المقصود من هذه الهبة الأمير والجيش لا الأمير وحده فلا يختص الأمير بها بل تكون للأمير ولجميع الجيش.

وهذا بخلاف ما كان يهدى إلى رسول الله عليه السلام فإنه عليه السلام كان يختص بها، لأنه عليه السلام كان هو المقصود بذلك لأنه كان يرهب منه ويرغب منه لقوته بحكم الرسالة لا لقوته بغيره.

وكذلك إذ أهدى ملكهم إلى قائد من قواد المسلمين له منعة لأن المقصود بالهدية ليس هو القائد وحده بل القائد ومن تحت رايته، ولو كان أهدى إلى واحد من مبارزي المسلمين ليس له منعة يختص هو بها لأنه هو المقصود بالهدية لأنه أقرّ له بنفسه.

وفي «المنتقى»: لو أن جنداً دخلوا دار الحرب فأهدى أهل الحرب رجلاً من الجند أو قائداً من هداياهم [١٤٦أ/ ٢] فهو غنيمة، إلا أن يكون نقل كل رجل ما أهدي إليه، قال محمد رحمه الله: وكذلك كل عامل من عمال الخليفة إذا بعثه الخليفة على عمل وأُهديَ إليه شيء فينبغي للخليفة أن يأخذ ذلك من العامل ويجعله في بيت مال المسلمين إن كان المهدي أهدى إليه بطيب نفسه؛ لأن عامل الخليفة إنما يهاب منه ويرغب فيه لأجل الخليفة، فكانت الهدية له كالهدية للخليفة.

وقد ذكرنا أن ما يهدى إلى الخليفة يوضع في بيت المال، وإن كان المهدي مكرهاً في الإهداء ينبغي للخليفة أن يرد الهدية على المهدي إن قدر عليه وإن لم يقدر عليه يضعها في بيت المال ويكتب عليه هدية، وكان حكمه حكم اللقطة.

ولو أن عسكراً من المسلمين دخلوا دار الحرب فأهدى أميرهم إلى ملك العدو هدية فلا بأس به، بلغنا أن رسول الله عليه السلام: «أهدى إلى أبي سفيان تمراً واستهدى منه أدماً»(١)، فإن أهدى إليه ملك العدو بعد ذلك نظر فيما أهدى ملك العدو: فإن كانت قيمة ما أهدى ملك العدو مثل قيمة هدية أمير الجيش أو أكثر بحيث يتغابن الناس في مثله كان ذلك للأمير خاصة ويصير ذلك بمنزلة ما لو باع أمير الجيش من ذلك العدو شيئاً بمثل قيمته أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس في مثله، وهناك الثمن يكون للأمير خاصة كذا هنا، وإن كانت قيمة هدية الملك أكثر من قيمة هدية الأمير بحيث لا يتغابن الناس في مثله فالزيادة على هدية الأمير تكون غنيمة، ويجعل هذا بمنزلة هبة مهداة من ملك العدو.

وبلغنا أن امرأة عمر رضي الله عنه أهدت إلى امرأة ملك الروم هدية من طيب ونحوه، فأهدت امرأة ملك الروم إليها بهدايا كثيرة فأعطاها عمر من ذلك مثل هديتها وجعل الباقي في بيت المال فكلمه في ذلك عبد الرحمن بن عوف فقال عمر: «قل لصاحبتك فلتهدي إليها حتى ننظر أيهدى إليها مثل هذا» وكان الحاكم...(٢) رحمه الله يقول: إذا كان ملك العدو معروفاً بالجود والسخاء وكان [من] عادته أنّ مَنْ أهدى إليه شيئاً يكافئه ويجازيه بأضعاف ذلك واشتهر ذلك منه يسلم للأمير الفضل على قيمة هديته وإن كان الفضل كثيراً بحيث لا يتغابن الناس في مثله؛ لأنه لم يعط الفضل للأمير رهبة منه.

وكذلك لو أن أميراً أهدى إلى ملك العدو هدية وأهدى ملك العدو إليه هدية أضعاف ذلك يسلم للأمير هديته من هدية ملك العدو والفضل يوضع في بيت المال.

ولو أن المسلمين حاصروا حصناً من حصن أهل الحرب أو مدينة من مدائنهم فباعهم أمير الجيش متاعاً أو غير ذلك فإنه ينظر إلى الثمن الذي أعطوه، فإن كان مثل قيمة ما باع أو أكثر بحيث يتغابن الناس في مثله فالفضل على قيمة متاعه يكون غنيمة، وهل تكره المبايعة معهم؟ وإخاله هذه ذكر محمد رحمه الله أنه يكره جميع الأشياء في ذلك على السواء يريد به أنه كما يكره بيع الكراع والسلاح من المحصورين يكره بيع الطعام والشراب والثياب وغير ذلك.

فرق بين المحصورين منهم وبين غير المحصورين فإن في غير المحصورين يكره بيع الكراع والسلاح منهم ولا يكره بيع الطعام والشراب.

والفرق وهو أن المقصود من المحاصرة أن يضجروا ويخرجوا عن الحصن فيستولي عليهم المسلمون وهذا المقصود لا يحصل متى بعنا منهم الطعام والشراب، فأما في غير المحصورين فالإضجار ليخرجوا عن الحصن غير مقصود فإنهم غير محصورين فلم يكره بيع الطعام والشراب منهم لهذا وقد مرت مسألة البيع قبل هذا.

وفي «المنتقى»: لو أن رجلاً من أهل الحرب باع رجلاً من أهل الخيل وهما

---

(١) رواه ابن حجر في الإصابة ٣/ ٤٠٢.
(٢) بياض بالأصل.

متواقعان بيعاً أرخص فيه لم يدخل ذلك في الفيء، وكذلك إن وهب له الثمن قبل القبض لم يدخل ذلك في الفيء وإن وهب له الثمن بعدما قبضه فهو فيء.

ولو أن أمير العسكر من المسلمين في أرض الحرب بعث إلى ملك العدو رسولاً في حاجة فأجاز ملك العدو الرسول جائزةً، فأخرجها الرسول إلى دار الإسلام أو إلى عسكر المسلمين كانت الجائزة للرسول خاصة، جرى التعامل من لدن رسول الله عليه السلام إلى يومنا هذا فيما بين المسلمين أن الرسل يختصون بالجائزات والقياس بترك التعامل.

وكذلك لو كان الرسول باعهم متاعاً بأضعاف قيمته فالثمن يسلم للرسول؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل الفضل على القيمة بمنزلة هبة مبتدأة، إلا أن الرسول يختص بالهبة المبتدأة فيختص بالفضل على القيمة أيضاً.

وفي «المنتقى»: رسول بعثه صاحب الجند إذا أهدى إليه أهل الحرب، فإن كان الإمام نقل له الجوائز فهو له وإلا فهو فيء.

قال: ولو أن ملك العدو أهدى إلى أمير الجيش هدية، فأراد أمير الجيش أن يعوضه من الغنيمة مثل هديته أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فلا بأس به، ولا ينبغي له أن يعوضه أكثر من قيمته مقدار ما لا يتغابن الناس فيه؛ لأنه يبطل حق الغانمين عن الزيادة بغير عوض وليست له هذه الولاية ألا ترى أنه لو أراد أن يهدي إلى ملك العدو هدية مبتدأة من الغنيمة ليس له ذلك فههنا كذلك.

في الأرض التي يسلم عليها أهلها، أو تفتح عنوة وما يغلب عليه المشركون من أرض المسلمين والمرتدون والناقضون للعهد ثم يغلب عليهم المسلمون

قال محمد رحمه الله: وإذا أسلم [٤٦ب/ ٢] أهل مدينة من مدائن أهل الحرب قبل ظهور المسلمين عليهم كانوا أحراراً لا سبيل عليهم ولا على أولادهم ونسائهم ولا على أموالهم لوجود العاصم وهو الإسلام، ويوضع على أراضيهم العشر دون الخراج؛ لأن هذا ابتداء التوظيف على المسلم والمسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج عليه؛ لأنه مؤنة فيه معنى العقوبة، وإذا انتفى الخراج والأراضي النامية في دار الإسلام لا تخلو عن الوظيفة تعين العشر.

وكذلك إن صاروا ذمة قبل الظهور؛ لأن الذمة خلف عن الإسلام في حق الأحكام التي ذكرناها إلا أن ههنا يوضع على أراضيهم الخراج؛ لأن التوظيف على الكافر واللائق بأرض الكافر الخراج دون العشر؛ لأن العشر مؤنة فيه معنى القربة، وإذا انتفى العشر تعين الخراج ويوضع على رواتبهم أيضاً كما فعل عمر رضي الله عنه بأهل العراق، وإن ظهر المسلمون عليهم ثم أسلموا فالإمام فيهم بالخيار:

إن شاء قسم رقابهم وأموالهم بين الغانمين؛ لأن الاستيلاء قد تم وثبت حق الغانمين فيهم والإسلام عرف مانعاً ثبوت الحق لا مبطلاً حقاً قد ثبت، وقد صح أن رسول الله عليه السلام فتح بلاد الكفرة وقسمها وأهلها بين الغانمين.

وإذا أراد القسمة بعدما أسلموا، رفع الخمس أولاً وجعله لليتامى والمساكين وأبناء السبيل، وقسم أربعة أخماسها بين الغانمين قسمة الغنائم على ما عرف، ويضع على الأراضي العشر لكون التوظيف على المسلم، والمسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج عليه، ألا ترى أن أهلها لو أسلموا قبل الظهور فوظف العشر فهنا كذلك بل أولى؛ لأن الموجود هناك قربة واحدة وهي الإسلام والموجود هنا قربتان: الإسلام والجهاد في سبيل الله تعالى فإذا وجبت الصيانة هناك عن توظيف الخراج لأن تجب الصيانة ههنا أولى.

وإن شاء منّ عليهم فسلم لهم رقابهم وذراريهم وأموالهم كما فعل رسول الله عليه السلام بأهل مكة، وعمر رضي الله عنه بأهل الشام ويضع على أراضيهم العسكر لكون التوظيف على المسلم وإن شاء وظف الخراج. فإن قيل: في هذا بتوظيف الخراج على المسلم ابتداء والمسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج عليه. قلنا: ليس في هذا توظيف الخراج على المسلم ابتداء، بل فيه إبقاء الحق الذي ثبت للغانمين...[1] فيكون نظير إبقاء الخراج بعد الإسلام.

بيانه: وهو أن حق الغانمين قد ثبت في الرقاب والأراضي بالاستيلاء عليهم، فإذا منّ عليهم برقابهم وأراضيهم فقد أبطل حق الغانمين وكان له أن لا يبطل حقهم إلا بعوض وذلك بالخراج لا محالة، فإن مصرف الخراج المقابلة والعمر على سبيل الاحتمال فإنه إذا لم يكن في بيت مال الخراج شيء وكان في بيت مال الصدقة سفه جاز للإمام صرف مال بيت مال الصدقة إلى المقاتلة والولاية في الغنائم قبل القسمة للإمام فيفعل أيهما شاء غير أنه يختار ما هو أنظر وأحظى للمسلمين على ما ذكرنا.

بخلاف ما إذا أسلموا قبل الظهور عليهم؛ لأن هناك حق الغانمين لم يثبت فيهم أصلاً، فكان هذا ابتداء توظيف الخراج على المسلم.

وبخلاف ما إذا قسمها بين الغانمين؛ لأن هناك أوصل إلى الغانمين حقهم فكان في توظيف الخراج عليها توظيف الخراج على المسلمين ابتداء أما ههنا فبخلافه.

وإن ظهر المسلمون عليهم وأسلموا، فالإمام بالخيار: إن شاء استرقهم وقسمهم وأموالهم بين الغانمين وإذا أراد القسمة أخذ الخمس من ذلك فجعله في موضع الخمس وقسم بين الغانمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر، ويضع على الأراضي العشر لكون التوظيف على المسلم. وإن شاء قتل الرجال وقسم النساء والأموال والذراري بين الغانمين على نحو ما بينا. وإن شاء منّ عليهم برقابهم ونسائهم وذراريهم وأموالهم، ووضع على رؤوسهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج كما فعل عمر رضي الله عنه بأهل سواد العراق.

وإن منّ عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذراري وسائر الأموال بين المسلمين فهو جائز؛ لأنه لو قسم الكل بين الغانمين يجوز ولو ترك الكل بأن منّ عليهم

(١) بياض بالأصل.

برقابهم وأراضيهم ونسائهم وذراريهم وأموالهم أيضاً يجوز فإذا قسم البعض وترك البعض كان لكل بعض حكم نفسه ولكنه مكروه؛ لأن عمر رضي الله عنه لم يفعل ذلك وهو الإمام في هذا الباب؛ ولأن منفعة الأراضي الزراعية وهم لا يتقوون على الزراعة إلا بآلات يحتاجون إليها للزراعة، فإذا قسم سائر الأموال بين الغانمين لم يبق لهم شيء يتقوون به على الزراعة، فلم يكن المنّ بالأراضي مفيداً فيكره إلا إذا ترك في أيديهم من الأموال مقدار ما يمكنهم الزراعة به فحينئذٍ كان المنّ بالأراضي مفيداً فيجوز في غيره كذا فيه.

وكذلك إذا منّ عليهم برقابهم ونسائهم وذراريهم وأراضيهم وقسم سائر الأموال بين الغانمين فهو جائز لما ذكرنا، ولكنه مكروه أيضاً لأن عمر رضي الله عنه لم يفعل ذلك وهو الإمام في هذا الباب، وإما لعدم الفائدة على ما بينا فإن ترك في أيديهم من المال مقدار ما يمكنهم الزراعة به حينئذٍ يجوز من غير كراهة على ما بينا.

وإن منّ عليهم برقابهم خاصة وقسم الأراضي بين المسلمين مع سائر الأموال لم يجز وكذلك إذا لم . . . . .[1] أراضي فأراد أن يمن عليهم برقابهم لم يجز؛ لأن حق الفقراء والغانمين والمساكين ثابت [٤٧أ/ ٢] بالكل، والقسمة مستحقة لهم، وفي المنّ إبطال حقهم فينبغي أن لا يجوز المنّ لكن تركنا هذا القياس في الأراضي ليصير نصيباً لمن يجيء بعدهم على ما جاء عن عمر رضي الله عنه أنه احتج على من طلب منه قسمة أراضي سواد العراق، وقال: لو قسمتها بينكم فما للذين جاؤوا من بعدكم! وتلا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ يَقُولُونَ رَبَّنَا ٱغۡفِرۡ لَنَا وَلِإِخۡوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾ [الحشر: ١٠] وفي قراءة وللذين جاؤوا من بعدهم فأترك الأراضي في أيديهم وأوظف الخراج والجزية على الأراضي والرؤوس، ليكون لكم ولمن يجيء بعدكم حق، فتركنا القياس وجوزنا المنّ بالأراضي وإن كان فيه إبطال حقهم لأنه إبطال إلى خلف وهو الخراج والخراج يصلح خلفاً، لأنه يدوم وهذا المعنى لا يتأتى في الرقاب، لأن خراج الرأس لا يصل أبد الدهر بل يسقط بالموت والإسلام، فكان المنّ بالرقاب مع الأراضي.

لكن تركنا هذا القياس ثمة وجوزناه تبعاً للمنّ بالأراضي ليشتغلوا بالزراعة فيتفرغ المسلمون للجهاد فيبطل حقهم بنوع منفعة تصل إليهم، فإذا أفرد الرقاب بالمنّ لو جوزناه جوزناه مقصوداً من غير منفعة تحصل للمسلمين وهذا مما لا وجه له ولا سبيل إليه، أو نقول جوزنا المن بالرقاب مع الأراضي بأثر رسول الله عليه السلام، وبأثر عمر رضي الله عنه على أهل سواد العراق برقابهم مع الأراضي، ولا أثر في المنّ بالرقاب بدون الأراضي فبقي على أصل القياس.

فإن قيل: أليس أن الإمام يملك إبطال حق الغانمين بالمنّ بالرقاب مقصوداً؟.

قلنا: الإبطال بالقتل إبطال إلى خلف فإنه يندفع شرهم عن المسلمين بالكلية وأنه يصلح خلفاً عن الرقاب، فالإبطال بالمنّ إبطال لا إلى خلف فلا يمكن قياس هذا عليه.

---

(١) بياض بالأصل.

قال محمد رحمه الله في «الزيادات» وفي «السير الكبير»: وإذا نقض أهل الذمة العهد وغلبوا على دارهم أو على دار من ديار المسلمين ثم ظهر عليهم المسلمون، فإن صارت الدار دار حرب فللإمام الخيار في حقهم على نحو ما ذكرنا في حق أهل الحرب لأنهم كانوا أهل الحرب وإنما صاروا ذمة بالعهد فإذا نقضوا العهد عادوا إلى ما كانوا فيحتاج إلى بيان أن دار الإسلام متى تصير دار حرب؟ فنقول أجمع العلماء أن دار الحرب عند ظهور المسلمين عليهم دار الإسلام بإجراء أحكام الإسلام فيها على الإشهار، ودار الإسلام عند استيلاء الكفار عليها عندهما تصير دار حرب بإجراء أحكام الكفر على سبيل الاشتهار، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تصير دار الحرب إلا بشرائط ثلاثة:

أحدها: إجراء أحكام الكفر على سبيل الإشهار.

والثاني: أن تكون متاخمة بأرض الحرب، أي: متصلة لا يتخلل بينهما بلدة من بلاد المسلمين.

والثالث: أن لا يبقى فيها مؤمن آمن على نفسه بإيمانه أو ذمي آمن في نفسه بأمانه الأول، وهو أمان المسلمين.

وكذلك على هذا إذا غلب المرتدون على دارهم أو على دار من ديار المسلمين أو نقض أهل الذمة العهد وغلبوا على دارهم أو على دار من ديار المسلمين حتى إن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا انعدمت إحدى هذه الشرائط فهي على حالها دار الإسلام لا تكون فيئاً للغانمين إذا استولوا عليها بالقهر والغلبة فأما أهلها . . . . .[1]:

فإن أهل الدار الأولى في جماعة المسلمين لا يختص بهم الغانمون عند أبي حنيفة رحمه الله لأنهم أهل حرب دخلوا دار الإسلام بغير أمان.

وأهل الدار الثانية: يجبرون على الإسلام فإن أبوا قتل رجالهم ولم يسبِ نساؤهم وصبيانهم بل يجبرون على الإسلام، كرجال ونساء ارتدوا في دار الإسلام.

وأما أهل الدار الثالثة: يجبرون على العود على الذمة، كذمي نقض العهد في دار الإسلام فوجه قولهما في ذلك: أن الدار إنما تنسب إلى أهلها لثبوت يدهم عليها وقيام ولايتهم فيها وإنما يعرف ثبوت اليد وقيام الولاية بإجراء الأحكام، فكانت العبرة لإجراء الأحكام بهذا الطريق صارت دار الحرب دار الإسلام بمجرد إجراء أحكام الإسلام، ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الدار إنما تنسب إلى أهلها بظهور قوتهم وغلبتهم من كل وجه وإنما تظهر قوة أهل الحرب وغلبتهم بالشرائط التي تقدمت أما عند فقد شرط منها فالدلائل تكون معارضة؛ لأنه إذا كان فيها أحد آمن بالأمان الأول فهو دلالة قوة أهل الأمان الأول لأن امتناع الإنسان لا يكون إلا بمنعة ظاهرة، وكذلك إذا لم تكن متاخمة بأرض الحرب والمسلمون أحاطوا بها من جوانبها الأربع، فلا يكون لغلبة أهل الحرب وقوتهم قراراً لتوهم المدد للمسلمين من كل جانب.

(١) بياض بالأصل.

وإذا تعارضت الدلائل يبقى ما كان على ما كان فلا يبطل حكم كونه دار الإسلام أو يترجح كونه دار الإسلام لمرجح وهو إعلاء كلمة الإسلام احتياطاً وقياسه على صيرورة دار الحرب دار الإسلام بمجرد إجراء الأحكام قياس فاسد؛ لأن الإسلام يحتاط في إيتائه وإبقائه. والكفر يحتاط في دفعه ودفعه...[١].

ألا ترى أن الصغير يعتبر مسلماً تبعاً للدار، ولا يعتبر مرتداً بارتداد الأبوين إلا إذا لحقا به بدار الحرب وانقطعت التبعية بالأسباب كلها فكذلك ههنا.

إذا ثبت هذا جئنا إلى أصل المسألة فنقول: إذا نقض أهل الذمة العهد وغلبوا على دارهم أو على دار [٤٧ب/ ٢] من ديار المسلمين وصارت الدار دار حرب بالاتفاق ثم ظهر عليهم المسلمون وثبت الخيار فيهم للإمام، فإن شاء منّ عليهم برقابهم وأراضيهم ونسائهم وذراريهم وأموالهم ووضع على أراضيهم الخراج، وإن شاء وضع العشر وهذا تسمية وفي الحقيقة خراج، فإن الكافر ليس من أهل العشر، ولهذا يصرف هذا العشر مصرف الخراج، وإن شاء جعل عليها العشر مضاعفاً كما فعل عمر رضي الله عنه ببني تغلب، وإن قتل الرجال والنساء والذراري والأموال وبقيت الأراضي بلا ملاك فنقل إليها قوماً من المسلمين ليكونوا ردءاً للمسلمين وجعل الأراضي لهم ليؤدوا المؤونة عنها؛ جاز؛ لأن الولاية له فيفعل ما هو الأصلح في حق المسلمين ألا ترى أنه لو منّ عليهم برقابهم وأراضيهم ليؤدون المؤونة عنه جاز، فكذا إذا نقل إليها قوماً من أهل المسلمين وجعلها لهم ليؤدوا المؤونة عنها لأنه في الحالين جميعاً حق الغانمين يبطل عن الأراضي بعوض، ولكن يفعل ذلك برضى أولئك الذين يريد الإمام نقلهم إليها لأنه يريد أن يملك الأراضي منهم بمؤونة يؤدونها إلى المسلمين فكان كالبيع منهم، فلا يجوز إلا برضاهم ولم يذكر نقل أهل الذمة وكأنه لم يأتمنهم لما يلحقهم من الغيظ بسبب قتل جنسهم، وإذا نقل إليها قوماً من المسلمين وصارت الأراضي مملوكة لهم جعل عليها العشر إن شاء، وإن شاء جعل عليها الخراج لأن الخراج استحق في هذه الأراضي حين ظهر عليها المسلمون وبقي في يد أهل الحرب، فهذه الحالة حال بقاء الخراج فيها والإسلام لا ينافي بقاء الخراج.

ولو أن قوماً من المسلمين ارتدوا وغلبوا على دارهم، أو على دار من ديار المسلمين وصارت دارهم دار حرب بالاتفاق لوجود الشرائط، ثم ظهر عليهم المسلمون فإنه لا يقبل من رجالهم إلا السيف أو الإسلام فإن أبوا أن يسلموا قتلوا وقسمت نساؤهم وذراريهم ويجبرون على الإسلام بخلاف نساء مشركي العرب وذراريهم، فإنهم لا يجبرون على الإسلام؛ لأن نساء المرتدين وصبيانهم إنما أجبروا على الإسلام لأنهم أخذوا حكم الإسلام النساء بأنفسهن والصبيان تبعاً لآبائهم.

وكل شخص جرى عليه حكم الإسلام ثم امتنع من المضي عليه فإنه يجبر على المضي عليه كالصبي المولود بين المسلمين إذا بلغ لا يصف الإسلام فإنه يجبر على

(١) بياض بالأصل.

الإسلام، وهذا المعنى معدوم في نساء مشركي العرب وصبيانهم فلا يجبرون على الإسلام لهذا، وقسمت الأموال والأراضي بين الغانمين أيضاً، ويوضع على الأراضي العشر لأنها صارت للمسلمين وقد صح عن أبي بكر رضي الله عنه أنه فعل ببني حنيفة حين ارتدوا على عهده على نحو ما ذكرنا.

وإن رأى الإمام أن يقتل الرجال ويقسم النساء والذراري بين الغانمين دون الأراضي ورأى ذلك خيراً للمسلمين فعل ذلك اعتباراً للبعض بالكل، فإنه لما كان له قسمة الكل كان له قسمة البعض أيضاً، وربما يكون ترك القسمة في الأراضي خيراً للمسلمين كيلا يشتغلوا بالزراعة فلا يتركون الجهاد والإمام نصب لمصلحة المسلمين فما رآه خيراً للمسلمين فعل ذلك.

فإن رأى بعد ذلك أن ينقل إلى الأراضي قوماً من أهل الذمة برضاهم ليؤدوا الخراج عن أنفسهم وعن الأراضي فعل ذلك، ليكون ذلك منفعة دارّة للمسلمين إلى يوم القيامة فإذا فعل ذلك صارت الأراضي مملوكة لهم يتوارثونها ويؤدون الخراج عنها فقد ذكر ههنا نقل أهل الذمة لأنه لا يلحقهم الغيظ بقتل المرتدين، ولا كذلك ما تقدم.

فإن أسلم المرتدون بعدما ظهر عليهم الإمام كانوا أحراراً لا سبيل عليهم بخلاف أهل الحرب إذا أسلموا بعد الظهور عليهم حيث كانوا أرقاء، والفرق: وهو أن في حق أهل الحرب ثبت حق الاسترقاق قبل الإسلام فيبقى بعده أما ههنا ما ثبت حق الاسترقاق فإن المرتد لا يسترق فلو ثبت بعد الإسلام لثبت ابتداءً والإسلام ينافي ثبوت حق الاسترقاق ابتداء.

وأما نساؤهم وذراريهم وأموالهم وأراضيهم فالإمام فيها بالخيار إن شاء قسمها بين الغانمين وجعل على الأراضي العشر، وإن شاء منّ على المرتدين الذين أسلموا بالنساء والذراري والأموال والأراضي ووضع على أراضيهم الخراج إن شاء، وليس في هذا ابتداء توظيف الخراج على المسلم، بل فيه إبقاء ما ثبت من الحق في الأراضي.

بيانه: وهو أنه ثبت للإمام بعد ارتدادهم حق أن يجعلها أرض خراج وينقل إليها من أهل الذمة قوماً يؤدون الخراج عنها فلا يبطل هذا الحق بإسلامهم، فكان هذا إبقاء حق الخراج، يعني: باعتبار ما ثبت للإمام من حق توظيف الخراج، وإن شاء وضع على الأراضي العشر لأنهم لما أسلموا صاروا من أهل العشر فيجوز للإمام ذلك، وإن رأى الإمام أن يجعل ما كان من أراضيهم عشرياً على حاله عشرياً وما كان من أراضيهم خراجياً على حاله خراجياً فله ذلك؛ لأن ما كان فيها من الوظيفة قد سقطت حين صارت دار حرب فهذه وظيفة ابتداء.

وله أن يجعل الأراضي كلها خراجية وله أن يجعل الأراضي كلها عشرية فكان له أن يجعل البعض عشرية والبعض خراجية اعتباراً للبعض بالكل.

فإن قيل[١٤٨أ/ ٢]: كيف يجوز للإمام أن يجعل كل الأراضي للغير عوض فإن مصرف العشر للفقراء؟ قلنا: كما ثبت في الأراضي حق الغانمين؛ ثبت فيها حق الفقراء، ثم جاز له أن يجعل كلها خراجية تصرف إلى المقاتلة، ويبطل حق الفقراء فكذا يجوز له

أن يجعل كلها عشرية تصرف إلى الفقراء ويبطل حق الغانمين.

والمعنى في ذلك: أن الإمام نصب ناظراً للعامة ولمصلحتهم فيختار ما هو الأصلح إن رأى الأصلح ترجيح حق الفقراء يرجح حقهم وجعل الأراضي عشرية، وإن رأى الأصلح ترجيح حق الغانمين رجح حقهم وجعل الأراضي خراجية. ألا ترى أن له أن يصرف مال بيت مال الخراج الذي هو حق المقاتلة إلى الفقراء إذا رأى المصلحة في ذلك وله أن يصرف مال بيت مال العشر والصدقات الذي هو حق الفقراء إلى المقاتلة إذا رأى المصلحة في ذلك فههنا كذلك على أنه ليس في جعل الأراضي عشرية إبطال حق المقاتلة لما ذكرنا أنه إذا لم يكن في بيت المال الخراج أن يجعل أهل الحرب والناقضين للعهد أهل ذمة فيؤدون الخراج، وقد أصاب منهم مالاً في الحرب قبل أن يظهر عليهم فإنه لا يرد عليهم ذلك؛ لأن ذلك حق الغانمين وفي أيديهم وفي الرد عليهم إبطال ذلك.

وجواز المنّ عرف بخلاف القياس لما فيه من إبطال حق الغانمين بأثر عمر رضي الله عنه، وهو ما فعل بسواد أهل العراق وهو إنما منّ عليهم بما كان في أيديهم بعد الظهور عليهم لا بما أخذ منهم قبل الظهور عليهم، وللأثر الوارد ثمة لا يكون وارداً هنا؛ لأن الأثر يدل على مثله لا على ما هو فوقه وهذا فوقه؛ لأن فيه إبطال حق الغانمين ويدهم ذلك إبطال حقهم لا غير فيعمل فيه بالقياس، فلا يفعل ذلك إلا بعذر والعذر أن لا يقدروا على عمارة الأراضي وزراعتها إلا بذلك المال، فإذا كانت الحالة هذه ورأى الإمام المصلحة في رد ذلك المال عليهم ليشتغلوا بالزراعة وعمارة الأراضي فيصل النفع إلى المسلمين بما يوجد منهم من الخراج فعل ذلك، لما ذكرنا أن الولاية في الغنائم قبل القسمة له فيفعل ما هو الأصلح في حق المسلمين.

ألا ترى أنهم لو احتاجوا إلى ما يتمكنون به من الزراعة، ورأى الإمام أن يعطيهم ذلك من بيت المال كان له ذلك مما أخذ منهم أولى فما بقي في أيديهم فإن احتاجوا إليها لعمارة الأراضي وزراعتها لم يأخذه الإمام منهم؛ لأنه يرد عليهم ما أخذ منهم لو كانت الحالة هذه فلأن يترك ذلك في أيديهم أولى إن استغنوا عنها وإن شاء أخذها منهم وقسمها بين الغانمين؛ لأنه لو قسم الكل يجوز فإذا قسم البعض يجوز أيضاً، ولكن الأولى أن يتركها في أيديهم تأليفاً لهم حتى يقفوا على محاسن الإمام فيسلموا، فقد بلغنا عن عمر رضي الله عنه أنه لم يأخذ شيئاً مما بقي من مال أهل سواد العراق في أيديهم، ولم يرد عليهم شيئاً مما كانوا أخذوا منهم قبل الظهور عليهم وهو المقتدى به في هذا الباب، وكذلك ما أخذ من نسائهم وذراريهم قبل الظهور عليهم لا يرد عليهم وما بقي في أيديهم بعد الظهور عليهم لا يؤخذ منهم.

وإذا فتح الإمام بلدة من بلاد أهل الحرب وقسمها وأهلها بين الغانمين ثم أراد أن يمنّ عليهم برقابهم وأراضيهم فليس له ذلك، وكذلك إذا منّ بها عليهم ثم أراد القسمة ليس له ذلك، أما الأول: فلأنه لما قسمها بين الغانمين فقد ثبت حقيقة الملك لهم وإنما تبقى ولاية غير المالك، وأما الثاني: فلأن فيه نقض الذمة وإنه غدر والغدر حرام، والله أعلم.

في الأنفال

يجب أن يعلم بأن الأنفال الغنائم، قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ﴾ [الأنفال: ١] أي: الغنائم، وإنها جمع، واحدها نفل، وأصله في اللغة: الزيادة، ومنه سميت التطوعات نوافل لكونها زوائد على الفرض، سميت الغنائم لأنها لم تكن حلالاً للأمم الماضية وأحلت لهذه الأمة، أو لأنها زيادة على ما يحصل للغازي من المقصود الأصلي وهو الثواب الباقي إلا أن المراد من استعمال لفظة الأنفال في عرف لسان الفقهاء «ما يخص به الإمام بعض الغانمين بذلك»، فذلك الفعل منه يسمى تنفيلاً وذلك المحل يسمى نفلاً، ثم هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في بيان ما يجوز من ذلك وما لا يجوز.

فنقول: لا خلاف بين العلماء أن التنفيل قبل الإصابة وإحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها جائز، وهو أن يقول الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه، أو يبعث سرية، ويقول لكم ثلث ما تصيبون بعد الخمس، أو لم يقل بعد الخمس فهذا جائز بلا خلاف.

والأصل فيه: ما روى محمد رحمه الله في «السير الكبير»: أن رسول الله عليه السلام نفل وقال: «من قتل قتيلاً فله سلبه، ومن أخذ أسيراً فهو له»(١).

والمعنى في ذلك: أن في التنفيل تحريض الشجعان على القتال فإن الشجعان قل ما يخاطرون بأرواحهم إذا لم يخصوا بشيء من المصاب، وإذا خصوا بذلك يفعلون ذلك والتحريض على القتال مأمور به، قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ﴾[الأنفال: ٦٥]، ففي التنفيل قبل الإصابة تحصيل المأمور به من غير أن. . .(٢) إبطال حق على الغانمين فيجوز.

وأما التنفيل بعد إحراز الغنيمة لا يجوز في قول علمائنا رحمهم الله وهو قول سفيان الثوري وقال أهل الشام: يجوز.

والإحراز: أن تقع الغنيمة في أيدي العسكر أو في أيدي السرية فإذا وقعت الغنيمة في أيديهم فلا ينبغي للإمام [٤٨ب/ ٢] أن ينفل أحداً منها شيئاً، وفي «الكتاب»: يذكر لفظة الكراهة، والمراد منها التحريم؛ لأن بعد الإصابة صارت الغنيمة حقاً لجميع الغانمين وفي التنفيل إبطال حقهم في ذلك القدر وإبطال حق الغير حرام في هذا الباب والترجيح معنا لأن التنفيل قبل الإصابة إنما جاز للتحريض على القتال، والتنفيل بعد الإصابة يفوت التحريض على القتال فإن الغزاة يقولون في أنفسهم نحن نقاتل ونخاطر بأرواحنا ونجمع المال ويؤثر الإمام بعضنا على بعض.

مع هذا لو نفل بعد الإصابة قبل القسمة لبعض من كان له عناء وبلاء على وجه

---

(١) أخرجه البخاري في الخمس حديث ١٣٤٢، ومسلم في الجهاد حديث ١٧٥١، وأبو داود في الجهاد حديث ٢٦٥٤، والترمذي في السير حديث ١٥٦٢، وابن ماجه في الجهاد حديث ٢٨٣٨.

(٢) بياض بالأصل.

الاجتهاد منه بأن يحول رأيه إلى ذلك، ثم رفع إلى إمام لا يرى التنفيل بعد الإصابة لا يكون للثاني أن ينقض ما صنع الأول؛ لأن فعل الأول صادف محلاً مجتهداً فيه فنفذ فلا يكون لأحد بعد ذلك نقضه.

قال محمد رحمه الله: ولا يستحق القاتل سلب المقتول بنفس القتل ما لم ينفله الإمام قبل القتل فيقول: من قتل قتيلاً فله سلبه وهذا مذهب علمائنا رحمهم الله وهو قول مالك، وقال الشافعي رحمه الله: يستحق السلب بنفس القتل واحتج بظاهر قوله عليه السلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[١]، وهذا نصيب شرع من رسول الله عليه السلام كقوله عليه السلام: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»[٢] «ومن أحيا أرضاً ميتة فهي له»[٣].

وإنا نقول: هذا مال أصابه من جملة الكفرة بنصرة أصحابه ومعونتهم فلا يختص بها المصيب قياساً على ما لو أخذ أسيراً أو أصاب مالاً آخر غير سلب المقتول، وهذا لأن الإصابة إذا كانت بقوة أصحابه ومعونتهم صار أصحابه مشاركين به في الإصابة معنى فيعتبر بما لو شاركوه في الإصابة حقيقة.

وأما تعلقه بالحديث قلنا: لو كان رسول الله عليه السلام قال ذلك بالمدينة بين أصحابه كان نصيباً شرع مسترسلاً إلى يوم القيامة، ورسول الله عليه السلام ما قال ذلك إلا في بعض غزواته عند تحقق الحاجة إلى التحريض على القتال، فقد قال مالك بن أنس: لم يبلغنا أن رسول الله عليه السلام قال ذلك إلا يوم حنين، وذلك بعدما انهزم المسلمون ووقعت الحاجة إلى التحريض على الرجوع.

وعن محمد بن إبراهيم أن رسول الله عليه السلام قال ذلك يوم بدر، والحاجة إلى التحريض على القتال في ذلك اليوم كانت ظاهرة لقلة عدد المسلمين، فعرفنا أن رسول الله عليه السلام إنما قال ذلك بطريق التنفيل للتحريض على القتال، وكما يجوز التنفيل بعد رفع الخمس بأن بعث الإمام سرية وقال لهم: ما أصبتم فلكم الثلث بعد الخمس، أو قال فلكم الربع بعد الخمس ثم أنتم بشر كالجيش فيما بقي يجوز التنفيل مطلقاً بأن بعث الإمام سرية وقال لهم ما أصبتم من شيء فلكم الثلث أو قال فلكم الربع ثم أنتم بشر كالجيش فيما بقي، وإن كان فيه إبطال حق الفقراء في الخمس إنما جوزنا ذلك إما اتباعاً للسنّة، فإن السنّة وردت بالأمرين، وإما لأن حق الفقراء في الغنيمة تبع لحق الغانمين؛ لأن حق الغانمين أكبر فلما جاز إبطال حق الغانمين عن أربعة أخماس التنفيل قبل الإصابة فلأن يجوز إبطال الفقراء أولى بعد هذا ننظر إن كان نفلهم ثلثاً أو ربعاً مطلقاً أعطاهم الثلث أو الربع من جملة الغنيمة ولا . . .[٤] يرفع الخمس عن الباقي ثم يقسم الباقي بين جميع

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه. انظر الحاشية السابقة.

(٢) أخرجه أبو داود في العتق حديث ٣٩٤٩، والترمذي في الأحكام حديث ١٣٦٥، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٥٢٤.

(٣) أخرجه أبو داود في الخراج حديث ٣٠٧٣.

(٤) بياض بالأصل.

العسكر على سهام الغنيمة بالسوية من جملتهم.

وإن كان نفلهم الربع أو الثلث بعد الخمس رفع الخمس أولاً من جملة الغنيمة ثم أعطى السرية نفلهم مما بقي، ثم قسم الباقي بين جميع العسكر على سهام الغنيمة.

قال محمد رحمه الله: إذا قال الإمام لأهل العسكر جميعاً: ما أصبتم فهو لكم نفلاً بالسوية بعد الخمس فهذا باطل وعلل فقال: لأن في هذا إبطال السهمين اللذين أوجبهما رسول الله عليه السلام، معنى هذا الكلام: أن التنفيل للكل مما أصابوا يؤدي إلى أن لا يجري لضعفاء العسكر الذين لا يقدرون على القتال والإصابة بينهم؛ لأن الإمام جعل النفل مما يصيبون فهذا يقتضي أن من لم يقاتل ولم يصب شيئاً أنه لا سهم له في الغنيمة، والنبي عليه السلام جعل لضعفاء القوم نصيباً من الغنيمة كما جعل للأقوياء حتى كلمه الأقوياء في ذلك، فقالوا: يا رسول الله الرجل يكون حامية لقوم ورجل آخر لا يقدر على رفع السلاح، أتسوي بينهما في المغنم، فقال عليه السلام: «وإنما تنصرون وترزقون بضعفائكم»[1]. وكذلك التنفيل للكل بالسوية يؤدي إلى أن لا يظهر فضل الفارس على الراجل في السهم وقد ثبت بالنص فضل الفارس على الراجل، ولأن التنفيل جوز بخلاف القياس بالشرع، والشرع جاء بالتنفيل على وجه يجري بعد النفل سهام الغنيمة وليس يجري في هذا سهام الغنيمة فيؤدي إلى ما يقتضيه القياس.

وسلب الرجل ثياب بدنه وسلاحه ودابته التي هو عليها وما معه من الذهب والفضة والمنطقة، وهذا لأن سلب الإنسان اسم لما يسلب وينزع منه وهذه الأشياء تسلب وتنزع منه فكان سلباً له، بخلاف دابة أخرى معه وبخلاف الذهب والفضة التي على الدابة الأخرى حيث لا يكون من سلبه لما ذكرنا أن سلب الإنسان ما ينزع ويسلب منه وهذه الأشياء مسلوب [٤٩أ/ ٢] ومنزوع عنه من غير سلب أحد فلا يدخل تحت اسم السلب وكذلك الدابة التي مع غلامه وما تركه في معسكره من الأمتعة والأقمشة لا يكون من جملة سلبه لما ذكرنا.

ثم ما ذكرنا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بعد الإصابة فذلك إذا أراد التنفيل من جملة الغنيمة أو من أربعة الأخماس التي هي حق الغانمين، فأما إذا أراد أن يعطي من الخمس الرجل المحتاج إذا بالغ في القتال ويجعل ذلك نفلاً له بعد الإصابة فذلك جائز نص عليه محمد رحمه الله، وهذا لأن الخمس حق المحتاجين، قال الله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾، إلى قوله: ﴿وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١]، وهذا الرجل محتاج لو لم يبالغ في القتال لكان يجوز صرف الخمس إليه فإذا بالغ في القتال أولى ولا ينبغي أن يضع ذلك في الغني ويجعله نفلاً له بعد الإصابة؛ لأن الخمس حق المحتاجين لا حق الأغنياء فجعله للغني يتضمن إبطال حق الغانمين.

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد حديث ٢٨٩٦، وأبو داود في الجهاد حديث ٢٥٩٤، والترمذي في الجهاد حديث ١٧٠٢، والنسائي في الجهاد حديث ٣١٧٩.

قال: ولا ينبغي للإمام أن ينفل يوم الهزيمة ويوم الفتح لأن المقصود من التنفيل التحريض على القتال، ولا حاجة إلى التحريض بعد ما انهزم العدو وظهر المسلمون عليهم؛ لأن العسكر لا يتقاعدون عن القتال في هذه الحالة بل يبالغوا في ذلك من غير تحريض الإمام فالتنفيل في هذه الحالة يتضمن إبطال حق الغانمين وحق الفقراء من غير منفعة تحصل لهم فلا يجوز.

وكذلك لا ينبغي له أن ينفل قبل الهزيمة وقبل الفتح مطلقاً من غير استثناء يوم الهزيمة والفتح، بأن يقول من قتل قتيلاً قبل الفتح والهزيمة فله سلبه مع هذا...[1] فله سلبه، ومن أخذ أسيراً فهو له، ولكن يقول: من قتل قتيلاً قبل الفتح والهزيمة فله سلبه مع هذا لو أطلق التنفيل قبل الفتح والهزيمة إطلاقاً يبقى التنفيل يوم الفتح والهزيمة حتى إن من قتل قتيلاً يوم الهزيمة ويوم الفتح كان له سلبه، ألا ترى أن عامة القتلى والأسارى يوم بدر كان بعد الهزيمة وقد سلم رسول الله عليه السلام الأسارى لمن أخذهم، وبه ختم.

نوع آخر
في الرجل يجرح الكافر ويقتله غيره

قال محمد رحمه الله إذا قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه فأجرح الكافرَ رجل وقتله آخر، فإن كان الأول قد جرحه جرحاً لا يقاس من مثله ولم يبق للمجروح قوة في قتل أو عون بيد أو مشورة بكلام فإن سلبه للأول، وإن كان قد جرحه جرحاً قد يقاس من مثله أو يعين معه بيد أو كلام فالسلب للثاني؛ لأن الإمام علق استحقاق السلب بالقتل والقاتل في الوجه الأول دون الثاني؛ لأن ما به من الحرمة إذا صار على الصفة التي ذكرنا فهي غير معتبرة شرعاً فصار وجودها والعدم بمنزلة، ألا ترى أن من رمى سهماً إلى صيد وجرحه ثم رماه آخر وقتله فإن كان الجرح الأول أخرجه من أن يكون صيداً كان للأول كذا ههنا، أما في الفصل الثاني: القاتل هو الثاني دون الأول؛ لأن ما بقي من الحياة في الفصل الثاني معتبر شرعاً ألا ترى أن في مسألة الصيد إذا لم يخرجه الجرح الأول من أن يكون صيداً حتى قتله الثاني كان الصيد للثاني كذا هنا.

وذكر هذه المسألة في «المنتقى»: وقال: السلب للذي أجهز عليه لا للذي جرحه من غير تفصيل.

ثم للإمام أن ينفل السلب بعد الخمس، بأن قال: من قتل قتيلاً فله سلبه بعد الخمس بخمس السلب، وإن نفل السلب مطلقاً فإن قال: من قتل قتيلاً فله سلبه، ولم يقل بعد الخمس لا يخمس السلب هذا هو المذهب لعلمائنا رحمهم الله، والله أعلم.

نوع آخر

كل أمير في أرض الحرب بعث سرية أو جنداً فله أن ينفل أصحابه منها قبل أن

---

(١) بياض بالأصل.

يحوزوا الغنيمة؛ لأنه فوض إليه أمر الحرب والتنفيل للتحريض على الحرب فكان من أمر الحرب فكان مفوضاً إليه ألا ترى أن يكون للذي وجهه نهيه عن التنفيل حينئذٍ ليس له أن ينفل لأن بالنهي استثناء التنفيل عما فوض إليه من أمر الحرب، ونحن إنما أدخلنا التنفيل تحت ولايته وتفويض أمور الحرب إليه، ولا قوام للدلالة إذا جاء الصريح بخلافها، فإن رضي العسكر بنفله جاز له أن ينفل ولكن من أنصبائهم يريد به من الأربعة الأخماس، لأن امتناع جواز التنفيل لحق أهل العسكر فإذا رضوا به فقد أبطلوا حقوقهم ورضاهم يعمل في حقهم أما لا يعمل في حق غيرهم والخمس حق غيرهم، ولو أن الذي بعثه أذن له في التنفيل فله أن ينفل قبل إخراج الخمس وبعد إخراج الخمس؛ لأنه إذا أذن له في التنفيل فقد أقامه مقام نفسه في التنفيل، وكان للذي وجهه أن ينفل قبل إخراج الخمس وبعده فكذا لهذا الذي قام مقامه. قال محمد رحمه الله: ولو أن الإمام بعث سرية إلى دار الحرب لم يكن له أن ينفل بعضهم.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده، والشيخ الإمام أبو حفص السفكردري معنى قوله: لم يكن له أن ينفل زيادة بعضهم على بعض أن يقول للسرية ما أصبتم من شيء فلفلان منه كذا إلى ذلك؛ لأن التنفيل في الآجل إنما شرع لمن كان له زيادة عناء وبلاء ومخاطرة بالروح ذلك لأن التنفيل في الآجل فيما يصيبه بنفسه وفلان ربما لا يصيب بنفسه شيئاً، فلو صح هذا التنفيل ولا بلاء له فيما أصاب غيره كان استحقاق النفل من غير بلاء وأنه خلاف وضع التنفيل.

وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله معنى قوله: ليس له أن ينفل بعضهم على بعض ليس له أن ينفل السرية ما أصابوا فيقول لهم: ما أصبتم من شيء [٤٩ب/ ٢] فهو لكم وفرق بين هذا وبينما إذا دخل الإمام مع العسكر دار الحرب وبعث سرية من العسكر ونفل لهم ما أصابوا، فإنه يجوز.

والفرق: أن التنفيل للتحريض على القتال، وإنما يحصل التحريض في موضع لولا التنفيل كان المصاب مشتركاً بين الذين يصيبون وبين غيرهم فإذا اختصوا بالمصاب بذلك يحرضهم على المقاتلة والمخاطرة بالروح.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا كانت السرية مبعوثة من الجيش في دار الحرب فما تصيبه السرية يكون مشتركاً بين السرية وبين الجيش، وكان التنفيل واقعاً في حقهم بجهة التحريض فيجوز أما إذا كانت السرية مبعوثة من دار الإسلام، فالمصاب لهم على الخصوص لا شركة لأحد معهم لأن من يتوطن في دار الإسلام لا يشارك السرية الداخلة دار الحرب فيما أصابوا، فالتنفيل في حقهم لا يقع بجهة التحريض على القتال، بل يقع بجهة إبطال الخمس مقصوداً، وإنه لا يجوز.

نوع آخر
في التنفيل يعمل في حق الأمير ولا يعمل

وإذا دخل العسكر أرض الحرب وعليهم أمير فلقوا العدو، فقال الأمير: من قتل

قتيلاً فله سلبه، ثم قتل الأمير بعد ذلك قتيلاً فله سلبه وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له سلبه.

وجه القياس في ذلك: أن الإمام لو استحق النفل صار منفلاً نفسه وتنفيله نفسه لا يجوز لمكان التهمة، ألا ترى أنه لو خص نفسه في النفل بأن قال: إن قتلت قتيلاً فلي سلبه، فقتل قتيلاً فإنه لا يستحق سلبه وطريقه ما قلنا.

وجه الاستحسان: أنه عم الجند بالنفل وهو من جملة الجند، بيان التعميم: أنه ذكر بكلمة من وكلمة من عامة في ذوي العقول وما يقول من معنى التهمة قلنا: إنما تتأتى التهمة إذا خص نفسه بالنفل، أما إذا عم وجعل لغيره مثل ما جعل لنفسه لا تتأتى التهمة، ألا ترى أن الإمام يقسم الغنيمة بين الغانمين ويقرر نصيبه كما يقرر نصيب الغانمين كما أنه بالقسمة يجعل لغيره ما يجعل لنفسه فلم يكن في ذلك متهماً.

ولو قال الأمير للقوم: من قتل منكم قتيلاً فله سلبه، فقتل الأمير بعد ذلك قتيلاً فإنه لا يستحق سلبه؛ لأن كلمة من وإن كانت عامة إلا أن الأمير بقوله منكم بين أنه أخرج نفسه من النفل؛ لأن قوله: منكم خطاب للعسكر والواحد لا يصلح مخاطِباً ومخاطَباً، وإن المسألة الثانية إذا قال الرجل لجماعة: إن دخل واحد منكم هذه الدار فعبدي حر، فدخل الحالف الدار لا يعتق عبده وإن المسألة الأولى إذا قال لجماعة: إن دخل هذه الدار أحد فعبدي حر فدخله الحالف بنفسه يعتق عبده.

ولو قال: إن قتلت قتيلاً فلي سلبه، ثم قال: ومن قتل منكم فله سلبه، ثم إن الأمير قتل قتيلاً كان له سلبه، وكان ينبغي أن لا يكون له السلب؛ لأنه لو اكتفى بالكلام الأول لا يستحق السلب أيضاً فإذا جمع بين كلامين كل واحد منهما لا يصلح سبباً للاستحقاق، فمن أين يثبت الاستحقاق قلنا: لو اكتفى بالكلام الأول إنما لا يستحق السلب لأنه خص نفسه من بين سائر الغانمين وهو لا يملك تخصيص نفسه لمكان التهمة، فإذا قال بعد ذلك ومن قتل منكم قتيلاً فله سلبه فقد انتفت التهمة عن الكلام الأول لأنه أوجب لغيره بالكلام الثاني مثل ما أوجب لنفسه بالكلام الأول فزالت التهمة عن الكلام الأول بالكلام الثاني وصار مجموع الكلامين وقد انتفت التهمة بمنزلة قوله من قتل قتيلاً فله سلبه، وهناك لو قتل الأمير قتيلاً استحق السلب، كذا ههنا، والله أعلم.

نوع آخر
في بيان ما هو فرد صورة عام معنى أو على العكس

قال محمد رحمه الله: وإذا دخل العسكر أرض الحرب وعليهم أمير فقال الأمير: إن قتل رجل منكم قتيلاً فله سلبه فقتل رجلان من العسكر رجلاً من أهل الحرب كان سلبه بينهما وهذا استحسان.

والقياس: أن لا يكون لهما ذلك.

وجه القياس: أن الشرط تفرد القاتل بالقتل، فإنه قال: إن قتل رجل منكم والرجل

اسم للواحد، صار تقدير الكلام إن تفرد واحد منكم بقتل الأسير فله سلبه، ولو قال هكذا وباقي المسألة بحالها كانا لا يستحقان السلب، كذا ههنا.

وجه الاستحسان: أن المقصود من التنفيل التحريض على القتال كسراً لشوكة المشركين وتقليلاً لعددهم وربما لا يحصل هذا المقصود إذا شرطنا التفرد لاستحقاق السلب فإن الرجلان من العسكر إن توليا كافراً لا يمكن لأحدهما قتله ويمكن لهما قتله لا يقتلانه إذا علم كل واحد منهما أنه لو شارك صاحبه في القتل لا يستحقان السلب فلا يحصل ما هو المقصود من التنفيل فعرفنا أن غرض الأمير من ذلك الجنس دون الواحد، فيكون الاستحقاق معلقاً بقتل الكافر فقتله واحد أو أكثر من ذلك.

وصار تقدير المسألة كأنه قال: إذا تفرد رجل منكم بقتل كافر أو اشترك اثنان في قتله فلهما سلبه، ولو صرح بهذا فقتله اثنان استحقّا سلبه كذا [٥٠أ/ ٢] هنا.

فإن كان الأمير قال: إن قتل رجل منكم وحده قتيلاً فله سلبه فقتل رجلان قتيلاً لا يستحقان سلبه، لأن التفرد بالقتل في هذه الصورة شرط مفصح به لاستحقاق السلب وإنما حملنا لفظه على الاشتراك في الفصل الأول بنوع دلالة ولا قوام للدلالة عند وجود الإفصاح بخلافه.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمهما الله: إذا قال الإمام لمسلم إن قتلت هذا الكافر فلك سلبه، فقتله هو ورجل آخر من المسلمين فالسلب كله له ولا شيء للآخر منه. قال: ألا ترى أنه لو قال لعبده: إن قتلت هذا العبد فهو حر، فقتله هو وغيره عتق.

ولو أن عشرة من المشركين خرجوا للبراز فقال أمير عسكر المسلمين لعشرة من المسلمين: إن قتلتموهم فلكم أسلابهم فبرزوا إليهم فقتل كل رجل من المسلمين رجلاً من المشركين كان لكل مسلم سلب قتيله. وإن كان لفظ الإمام بظاهره لاشتراك العشرة في قتل المشركين والعشرة ما اشتركوا في قتلهم بل تفرد كل واحد منهم بقتل الواحد إنما فعل هكذا لأن هذا فعل جمع أضيف إلى جماعة والجمع متى أضيف إلى جماعة يراد به الآحاد ولا يقتضي وجود الفعل من الجماعة في كل واحد من آحاد الجماعة على ما عرف، ولأن من غرض التنفيل التحريض على القتال ومتى علم كل واحد منهم أنه لا يستحق السلب بمشاركة صاحبه وصاحبه عشر يشاركه في قتله وعشر لا يشاركه ربما يتخلف عن القتل وإن كان قادراً فيعود على موضوعه بالنقض وإنه لا يجوز.

وفي «المنتقى» إذا قال الإمام لعشرة من المسلمين: إن قتلتم هذه العشرة من المشركين فلكم أسلابهم فشاركهم في قتلهم بعض المسلمين بغير إذن الإمام لم يكن لهم من السلب شيء وهي للعشرة خاصة.

ولو قال لعشرة من المسلمين: إن أصبتم أهل قرية كذا فلكم كذا من السَّبْي بغير عينه فشاركهم غيرهم بغير إذن الإمام كانوا شركاء في الغنيمة ولا يشبه هذا السَّبْي بعينه.

نوع آخر

إذا قال الأمير للمسلمين إذا اصطفوا للقتال: من جاء برأس فله خمسمائة درهم وما لا فلا، وهذا بخلاف ما لو سكنت الحرب وانهزم المشركون وتفرقوا، فقال الأمير: من

جاء برأسٍ فله كذا فهذا على السبي دون رؤوس الرجال.

والفرق: أن في حالة القتال الظاهر أن الإمام يقصد كسر شوكتهم وتقليل عددهم لا المال، وكسر الشوكة بقتل المقاتلة لا بأخذ السبي، وبعد ما سكن القتال وانهزم المشركون فالظاهر أن الإمام يقصد جمع المال، وذلك إنما يحصل بالسبي لا بالقتل فعمل بالظاهر، وجعل ما يقتضيه الظاهر كالمصرح به من جهة الإمام في المسلمين جميعاً.

وإن جاء رجل برأس رجل، وقال: أنا قتلته وأخذت رأسه وقال رجل آخر: أنا قتلته وهذا أخذ رأسه فالذي جاء بالرأس أحق بالخمسمائة، وكان القول قوله أنا قتلته مع اليمين؛ لأن الظاهر شاهد له فإن الرأس إذا كان في يده فالظاهر أنه قتله، والقول قول من يشهد له الظاهر، وعلى الآخر البينة فإن أقام الآخر بينة من المسلمين على أنه قتله قضينا بالخمسمائة له؛ لأنا حكمنا بالخمسمائة للذي في يديه الرأس بحكم الظاهر ولا معتبر بالظاهر إذا جاءت البينة بخلافه كما في الخارج مع ذي اليد إذا أقام الخارج البينة ثم يقضي للآخر بالخمسمائة وإن لم يجيء بالرأس؛ لأن المجيء بالرأس غير مطلوب لعينه بل لتقليل العدو والتقليل حاصل بالقتل.

قال: ألا ترى أنه لو ضرب رأسه وأسقطه في النهر وذهب به الماء أكان يستحق النفل؟ أشار إلى ما قلنا إن العبرة للقتل ولتقليل العدو لا للمجيء بالرأس.

ولو جاء رجل برأس فقال واحد من المسلمين: هذا رأس رجل من العدو قد مات وهذا جز رأسه، وقال الذي جاء بالرأس: قتلته، فالقول قول الذي جاء بالرأس؛ لأن فعل الجز قد وجد منه باتفاقهما فثبت كونه قاتلاً إلا إذا عرف الموت قبله أو لم يعرف ولكن يحلف لأن صاحبه ادعى عليه لو أقر به يلزمه فيستحلف عند الإنكار لرجاء النكول هذا إذا علم أن هذا الرأس رأس مشرك وإن وقع الشك فيه فلم يُدر أنه رأس مسلم أو رأس مشرك نظر إلى السيمى فإن كان عليه سيمى المشركين كان له النفل بأن كان شعره قصة قصة وإن كان عليه سيمى المسلمين بأن كان مخضوب اللحية فلا نفل له؛ لأن استحقاق النفل متعلق بقتل المشرك، وإن أشكل عليهم فلم يدر أنه رأس مسلم، وعلى هذا التقدير: لا نفل له فلا يستحق النفل بالشك والاحتمال.

ولو جاء رجل برأس يزعم أنه قتله ورجل آخر معه يزعم أنه هو الذي قتله، وطلب الخارج يمين صاحب اليد فحلف صاحب اليد فنكل فلا نفل لواحد منهما قياساً وفي الاستحسان: الجعل للخارج. وجه القياس في ذلك: أن صاحب اليد بالنكول أقرّ أنه لا نفل له، وأنه أقر على نفسه فصح وشهد على الغانمين أن النفل للخارج؛ لأن النفل للغانمين ظاهر أما لم يثبت القتل من المنفل له لأنه فرد والحكم لا يقطع بشهادة الفرد، وجه الاستحسان: أن الذي جاء بالرأس مستحق للنفل ظاهراً؛ لأن كون الرأس في يده دليل ظاهر على كونه قاتلاً فهو بإقراره صريحاً أو دلالة بحكم النكول حول ما كان مستحقاً له إلى غيره، وذلك صحيح كمن أقر لإنسان بعين في يديه [٥٠ب/ ٢] أنه لفلان فقال المقر له: ليس هذا العين لي إنما هو لفلان الآخر فهناك العين تكون للمقر له الثاني كذا ههنا.

ولو جاء رجلان برأس يزعمان أنهما قتلاه والرأس في أيديهما جعلت النفل بينهما وكذلك إذا كانوا ثلاثة أو أكثر، والله أعلم.

نوع آخر

إذا قال الأمير لأهل العسكر: من أصاب منكم ذهباً فله منه كذا، دخل تحت التنفيل الدنانير المضروبة والحلي من الذهب والتبر، وكذلك إذا قال: من أصاب منكم فضة دخل تحت تنفيل الدراهم المضروبة والتبر من الفضة والحلي منها.

وذكر في «المنتقى» فصل الدراهم والدنانير المضروبة وفصل فيها تفصيلاً، فقال: ما كان من ضرب الإسلام فليس له، وما كان من ضرب الروم مما لا ينفق في الإسلام نفاق الدراهم والدنانير فهو له.

ولو قال: من أصاب بزاً، فهذا على ثياب القطن والكتان، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «السير» قالوا: وهذا بناءً على عرف الكوفة، فإن في عرف أهل الكوفة اسم البز يقع على ثوب القطن والكتان وبائعهما يسمى بزازاً، وفي عرف ديارنا اسم البز لا يقع على القطن والكتان، وبائعهما لا يسمى بزازاً، وإنما يسمى برائيسياً إنما يقع هذا الاسم على ثياب الإبريسم وبائعهما يسمى بزازاً، واسم الثوب يتناول الديباج والزِيَوْن وهو السندس والفرو والكساء وما أشبه ذلك، ولا يتناول البساط والمسح والستر؛ لأن اسم الثوب إنما ينطلق على كل ما يلبسه الناس عادة.

ولا يدخل تحت هذا الاسم القلنسوة والعمامة، قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله على قياس ما قيل في الكفارة: إن العمامة إذا كانت طويلة يجيء منها ثوب كامل، وأكثر عمائمنا يجوز عن الكفارة أن يكون مثل هذه العمامة في النفل، وهكذا حكي لنا عن الشيخ الإمام أبي بكر بن حامد.

واسم المتاع ينطلق على الثياب والقمص والفرش والستور؛ لأن اسم المتاع عادة يقع على ما يلبسه الناس ويبسطه فأي شيء من ذلك أصابه المنفل فهو له، ولو أصاب أوان أو أباريق أو قماقم أو قدوراً من صفر أو نحاس فلا شيء له من ذلك، هكذا ذكر في «الكتاب» إلا أن وقع المسألة في «الكتاب» أن الأمير إن قال: من أصاب منكم متاعاً دون... [1] فهو له فبعد هذا قال بعض مشايخنا: إنما لم تدخل الأواني والأباريق تحت التنفيل في هذه المسألة لا لأن اسم المتاع لا يتناول هذه الأشياء وكيف لا يتناول وإن المتاع اسم لما يستمتع به قال الله تعالى: ﴿وَمَتَٰعًا لِّلْمُقْوِينَ﴾ [الواقعة: ٧٣]، تسمى النار متاعاً للمسافرين؛ لأن المسافر ينتفع بالنار، والإنسان يستمتع بالأواني كما يستمتع بالفرش، فاسم المتاع يتناول هذه الأشياء إلا أن هذه الأشياء لم تدخل في النفل لمكان الاستثناء؛ لأنه استثنى الأواني من النفل وإلى هذا مال الحاكم الشهيد والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمهما الله، فهذا القائل يقول: لو لم يذكر الاستثناء لم تدخل هذه الأشياء في

(١) بياض بالأصل.

النفل، وبعضهم قالوا: إنما لا تدخل هذه الأشياء في النفل في هذه المسألة لا لمكان الاستثناء بل لأن اسم المتاع عادة لا يتناول الأواني والقماقم فعلى قول هذا القائل وإن لم يذكر الأمير الاستثناء لا تدخل هذه الأشياء في النفل إلى هذا القول مال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله، والشيخ الإمام الزاهد شيخ الإسلام خواهر زاده أشار إلى القولين فإنه ذكر في المسألة علتين، **أحدهما**: الاستثناء، **والثاني**: أن اسم المتاع لا ينطلق على هذه الأشياء.

ولو قال: من أصاب ذهباً فهو له، أو قال: من أصاب فضة فهو له، فأصاب رجل سيفاً محلى بذهب أو بفضة كانت الحلية له، فبعد ذلك ينظر إن لم يكن في نوع الحلية ضرر فاحش تنزع الحلية من السيف ويعطى صاحب النفل، وإن كان في نزعها ضرر فاحش ينظر إلى قيمة الحلية، وإلى قيمة السيف، وإن كانت قيمة الحلية أكثر يخير صاحب النفل إن شاء أعطى قيمة السيف وأخذ السيف مع الحلية وإن كانت قيمة السيف أكثر يخير الإمام إن شاء أعطى صاحب النفل قيمة الحلية مصنوعاً من خلاف جنسها وجعل السيف مع الحلية في الغنيمة، وإن شاء ترك الحلية عليه، وإن لم يأخذ واحد منهما يباع السيف كله ويقسم الثمن على قيمة الحلية وقيمة النصل والجفن فما أصاب قيمة الحلية فهو لصاحب النفل، والباقي في الغنيمة، ولم يذكر في «الكتاب» ما إذا كان قيمتها على السواء قالوا: وينبغي أن يكون الخيار للإمام والله أعلم.

نوع آخر

إذا دخل العسكر دار الحرب فقبل أن يبلغوا قتالاً قال الأمير: من قتل قتيلاً فله سلبه، فهذا على كل قتيل يقتل في دار الحرب في غزوتهم ذلك حتى يرجعوا إلى دار الإسلام. فرق بين هذا وبينما إذا لقي الإمام العدو فاصطفّوا للقتال، فقال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه، فإن ذلك على ذلك القتال ينتهي بانتهاء ذلك القتال.

والفرق: أن قوله من قتل قتيلاً بظاهره مطلق، فيجري على إطلاقه ما لم يوجد دليل القيد، وفي الفصل الثاني: وجد دليل القيد وهو تأجيل التنفيل إلى وقت وقوع الحرب، فإن التنفيل في وقت الحرب دليل ظاهر على إرادته [٥١أ/ ٢] التحريض على الحرب الواقع، فيتقيد بذلك الحرب، ومثل هذه الدلالة لم توجد في الفصل الأول فيعمل فيه بإطلاق اللفظ، فإن اقتتلوا يومهم ذلك فلم يهزم بعضهم بعضاً ثم غزوا من الغد فقتل رجل من المسلمين رجلاً من المشركين استحق سلبه؛ لأن الحرب الأول يأتي بعدما لم ينهزموا والحرب قد تبقى يوماً ويومين وأكثر من ذلك، وإذا كان الحرب الأول باقياً كان التنفيل باقياً.

وإن انهزموا والمسلمون في طلبهم فحكم ذلك التنفيل باق؛ لأنهم ما داموا في طلبهم كان الحرب الأول باقياً فيبقى حكم ذلك التنفيل، وكذلك إذا دخل المنهزمون حصونهم والمسلمون على إثرهم لم يرجعوا بعد فتحصنوا وأقام عليهم المسلمون يقاتلونهم، فحكم ذلك التنفيل باق؛ لأن الحرب الأول باق.

وإن انهزموا فلم يتبعهم المسلمون ولم يطلبوهم حتى لحقوا بمدائنهم وحصونهم ثم مرَّ المسلمون ببعض تلك المدائن وحاصروهم، فقتل رجل من المسلمين رجلاً من المنهزمين لا يستحق سلبه؛ لأن المشركين لما انهزموا وترك المسلمون اتباعهم فقد انقضت تلك الحرب حقيقة وحكماً، وكذلك لو كان المسلمون على إثرهم فمروا بحصن آخر وفيها قوم متنوعون سوى أولئك القوم الذين لقوهم، فقتل رجل من المسلمين رجلاً من المشركين لم يكن له سلبه؛ لأن التنفيل كان مقيداً بذلك الحرب الذي وقع ذلك الحرب كان بين المسلمين وبين الذين حصروا بينهم وبين أهل هذا الحصن فيتقيد التنفيل بالذين حصروا لذلك القتال، والله أعلم.

نوع آخر

لو أن أميراً على عسكر المسلمين أراد أن يدخل دار الحرب فرأى دروع المسلمين قليلة وهم يحتاجون إليها في قتالهم، فقال: من دخل بدرع فله من النفل كذا أو قال: فله سهم في الغنيمة كسهمه فلا بأس بذلك؛ لأن التنفيل في الأصل شرع بإزاء زيادة بلاء وعناء فيما فيه منفعة للمسلمين، وهذا التنفيل بهذه المثابة فالمسلم في حمل الدرع إلى دار الحرب يحتاج إلى زيادة مؤنة وفيه منفعة للمسلمين؛ لأن الدراع يكون أهيب في عين العدو من الحاسر، ولأنه يكون أجرأ على القتال من الحاسر، وكذلك إذا قال: من دخل بدرعين فله كذا فلا بأس؛ لأن المحارب قد يظاهر بدرعين حال شدة القتال ليكون أحصن فتزداد لأجل ذلك جرأته على القتال وقد صح أن رسول الله عليه السلام «ظاهر بين درعين يوم أُحد»[1]، ففي هذا التنفيل زيادة منفعة للمسلمين بزيادة عناء وبلاء من جهة المنفل له، فيجوز.

ولو قال: من دخل بثلاثة دروع فله ثلاثمئة ومن دخل بأربعة دروع فله أربعمئة، صار من ذلك نفل درعين، ولم يجز ما زاد على ذلك؛ لأنه ليس في هذا التنفيل زيادة منفعة للمسلمين، فالمحارب لا يمكنه أن يلبس أكثر من درعين عند القتال؛ لأن ذلك يثقل عليه، فلا يمكنه أن يقاتل معه، والتنفيل في الأصل حيث شرع شرع لزيادة منفعة المسلمين قال محمد رحمه الله: وإن أمكن لبس الثلاثة والقتال معها وكان في ذلك زيادة منفعة للمسلمين جاز النفل فيها أيضاً وهذا لأن. . .[2] ثلاث دروع إن لم يكن غالباً فهو ممكن في نفسه في الجملة بأن كانت الدروع خفافاً وأحدهن أقصر، فيتزر بواحد منهن ويجعل الأقصر على كتفيه. . .[2] آخر بالثالث، وفيه زيادة منفعة للمسلمين، وقد تقع الحاجة إليها عند الدخول في الحصن؛ لأن المحارب قد يتحصن بها عن حجر الغزاة وأشباهه، وإذا كان فيه زيادة منفعة للمسلمين في الجملة جاز التنفيل بها.

ولو قال الأمير: من دخل بفرس فله كذا لا يجوز هذا التنفيل، بخلاف ما إذا قال:

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٥٩٠.

(٢) بياض بالأصل.

من دخل بدرع فله كذا، والفرق: أن الفرس له سهم مفروض مقدر من الغنيمة، فلا يستحق صاحبه شيئاً آخر بإدخاله في دار الحرب فأما الدرع ليس له سهم مقدر من الغنيمة وفي إدخاله زيادة منفعة للمسلمين، فجاز أن يستحق صاحبه بإزاء إدخاله شيئاً.

وفي «النوادر»: ذكر الرماح والأتراس، وأجاب بجواز التنفيل فيها، وكذلك إذا قال الأمير لأصحاب الخيل: من دخل منكم بتجفاف[1] على فرسه فله نفل كذا فهو جائز؛ لأن في إدخال التجفاف زيادة مؤنة وعناء على صاحب الفرس، وفيه زيادة منفعة للمسلمين، فصاحب التجفاف يكون أهيب في عين العدو، ويكون أجرأ على القتال، فيجوز التنفيل فيه كما يجوز في درع الآدمي.

ولو قال: من دخل بتجفافين فله نفل كذا، فاعلم بأن هذه المسألة ذكرت في بعض النسخ: وذكر فيها: فدخل رجل بتجفافين ومعه فرسان جاز التنفيل عليهما، وذكرت في بعض النسخ، فدخل رجل بتجفافين من غير ذكر الفرسين، وأجاب بجواز التنفيل عنهما أيضاً، وكل ذلك صحيح؛ لأن الإنسان قد يقاتل على فرسين فيحتاج إلى تجفافين لفرس واحد ليكون أحصن لفرسه.

ولو قال من دخل منكم بثلاث تجافيف فله كذا جاز نفل تجفافين، ولا يجوز أكثر من ذلك. قال شيخ الإسلام رحمه الله: إلا أن يكون في ثلاث تجافيف منفعة للمنفل له وللمسلمين، فحينئذٍ يجوز التنفيل عليه كما في ثلاث دروع والله أعلم.

نوع آخر
في بيان من يستحق النفل ومن لا يستحق

أمير العسكر في دار [٥١ب/ ٢] الحرب إذا نفل وقال لأهل العسكر: من أصاب شيئاً من كراع أو متاع أو سلاح أو ما أشبه ذلك، فله من ذلك الربع، فكل من له حظ في الغنيمة من سهم أو رضخ دخل تحت التنفيل، ومن لا حظ له في الغنيمة لا يدخل تحت التنفيل، وهذا لأن النفل غنيمة فكل من كان أهلاً لاستحقاق الغنيمة كان أهلاً لاستحقاق النفل، ومن لا يكون أهلاً لاستحقاق الغنيمة لا يكون أهلاً لاستحقاق النفل، والنساء والصبيان والعبيد وأهل الذمة لهم حظ في الغنيمة، فيستحقون النفل، وكذا التجار من أهل استحقاق الغنيمة، فيستحقون النفل، والحربي المستأمن إذا قاتل بغير إذن الإمام فلا حظ له من الغنيمة فلا يستحق النفل، وإن كان يقاتل بإذن الإمام فله حظ من الغنيمة حتى يرضخ له فيستحق النفل.

في معاملة تجري بين المسلم والحربي في دار الحرب
أو بين المسلمين في دار الحرب

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: مسلم دخل دار الحرب بأمان، فأدانه حربي ثم خرج المسلم إلى دار الإسلام واستأمن الحربي وخرج إلى دار الإسلام أيضاً،

(١) التجفاف، بالكسر: آلة للحرب يلبسه الإنسان الفرس ليقيه في الحرب، وجفّف الفرس: ألبسه إياه.

فأراد أن يأخذ المسلم بدينه لا يقضى له بشيء.

المسألة الثالثة: إذا أدان حربي حربياً ثم خرجا مستأمنين إلى دار الإسلام لا يقضى للدائن بشيء، ولو خرجا مسلمين قضي للدائن على صاحبه بالدين.

الأصل في ذلك: أن مداينة أهل الحرب في معاملتهم في دار الحرب هدر في حقنا؛ لأنه لا ولاية لنا عليهم، فلا يلزمهم شيء من أحكامنا إلا بقدر ما يلتزمون بالاستئمان، وبالاستئمان يلتزمون أحكامنا في معاملات يباشرونها في دار الإسلام لا في معاملات باشروها في دار الحرب، فلا نؤاخذهم بأحكام ما باشروها في دار الحرب وإنما نؤاخذهم بأحكام ما باشروها في دار الإسلام.

إذا ثبت هذا خرجت المسألة الثانية والثالثة؛ لأن المديون حربي، فلو قضينا عليه بالدين فقد ألزمناه أحكام معاملة باشروها في دار الحرب، وأما المسألة الأولى: فما ذكر من الجواب قول أبي حنيفة ومحمد، فأما على قول أبي يوسف رحمه الله فالقاضي يقضي على المسلم بالدين؛ لأن المسلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقاً، وهو حجة أبي يوسف.

والجواب لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أن المسلم وإن التزم أحكام الإسلام إلا أنه عامل حيث لا تجري أحكام المسلمين، ولأن المديون إذاكان حربياً لا يقضي عليه بشيء؛ لأنه غير ملتزم كذلك، فإذا كان مسلماً وجب أن لا يقضي عليه، لا لعدم الالتزام، ولكن تحقيقاً للتساوي بين الخصمين. وأما إذا خرجا مسلمين قضي للدائن على صاحبه بالدين؛ لأن بالإسلام التزما أحكام المسلمين مطلقاً، فإن كان اغتصب أحدهما شيئاً من صاحبه في هذه المسائل كلها لم يقض بشيء؛ لأن غصب أحدهما تناول ما لا عصمة له فيصير ملكاً له، فلا يتعرض له بشيء قال: إلا أني آمر المسلم الذي دخل إليهم بأمان إذا غصب منهم شيئاً من مالهم ثم خرج إلى دار الإسلام أن يرد ذلك عليهم، ولكن لا يقضى عليه بذلك؛ لأنه صار ملكاً له بالأخذ لأن الأخذ تناول ما لا عصمة له لكن فسد ملكه؛ لأنه بسبب الأخذ نقض العهد ونقض العهد حرام، فأشبه المشتري شراء فاسداً.

وإذا اشترى المسلم المستأمن في دار الحرب من حربي عبداً بألف درهم وتقابضا ثم أسلم أهل الدار أو صاروا ذمة، فوجد المسلم بالعبد الذي اشترى عيباً لم يكن له أن يرده على الحربي بالعيب؛ لأنه كتمان العيب، ولا يؤخذ الحربي بجناية استهلاك مال المسلم في دار الحرب فبجناية كتمان العيب أولى، وإذا كان المسلم هو البائع، فكذلك الجواب أيضاً، إلا أن المسلم يُفتىٰ بأن يقبل منه الرد ويرد عليه الثمن، ولا يجبر عليه يعني بذلك؛ لأن في ذلك إخفاراً لأمان بينه وبينهم ولا يجبر لأنه أخفر ذمة نفسه دون غيره، ولو كان أحدهما بالخيار، فأسلم الحربي أو صار ذمة، فأراد صاحب الخيار نقض البيع بالخيار كان له أن ينقضه؛ لأن ذلك كان مشترطاً اشترطاه فيما بينهما، ولم يكن جناية، فينبغي أن يرعى ذلك لشرط بينهما، فلما جاز نقضه صار ذلك كمال وديعة أودعها إياه في دار الحرب فعليه رده.

ووجه آخر أن الخيار من أحكام البيع كما أن وجوب الثمن من أحكام البيع ووجدنا وجوب الثمن لا يبطل بخروجهما إلى دارنا بل يبقى على حاله، فكذلك الخيار الذي هو من أحكام البيع يجب أن يكون باقياً، وكذلك خيار الرؤية والرد بالعيب قبل القبض، فإن القاضي ينقض البيع، ويرجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن نقض المشتري البيع في هذا كله جائز بغير قضاء القاضي، فإذا نقض البيع صار المال كوديعة أودعها إياه، فإذا أسلم حربي في دار الحرب، فاشترى منه مسلم متاعاً أو باعه إياه وتقابضا ثم خرجا إلى دار الإسلام، فوجد المشتري بالمشترى عيباً قضى له بالرد على بائعه؛ لأن العيب تابع للعبد والمتبوع قائم بعينه وصار في الحكم كأنه غصبه شيئاً وهو قائم في يده، ولأن هذه جناية دخلت في بيع هذا العبد، ورأينا المسلم الذي أسلم هناك، والمتسأمن لو غصب أحدهما من صاحبه شيئاً ثم خرجوا إلينا والشيء قائم بعينه أجبره القاضي على رد ما غصب. ولو غصب واستهلك به. . .[1] بشيء فكذا ههنا تبعه العبد وبه العيب جناية منه وجنايته في ذلك العيب راجعة إلى العبد بعينه فجاز [٢/٥٢] له أن يرده ويأخذ منه الثمن ولو استحق المشترى بخيرية أو غيرها قضى القاضي على البائع برد الثمن إن كان قائماً وإن كان مستلهكاً لا يقضي عليه بالرد؛ لأنه لما لم يسلم للمشتري ما اشترى صار البائع جانياً في قبض الثوب غاصباً له، فيقضى عليه بالرد إن كان قائماً بعينه وإن كان مستهلكاً لا يقضى عليه بشيء كما في الغصب.

ولو اشترى المسلم المستأمن من حربي عبداً شراءً فاسداً بأن اشتراه بقيمته مثلاً وتقابضا ثم أسلم أهل الدار لم ينقض البيع الجاري بينهما، وبمثله لو كان قبض العبد ولم يدفع القيمة أمر برد العبد؛ لأن الإسلام . . . .[1] والعقد الحرام لم يتم بعد فيلاقيه بالرد، وإذا وجب رد العقد لم يسلم للحربي ما شرط المستأمن له فيؤمر المستأمن برد العبد على الحربي والله أعلم.

ومما يتصل بهذا الفصل: حربي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتله مسلم هناك خطأً أو عمداً، فإنه لا قصاص على القاتل في العمد ولا دية وعليه الكفارة. وروي عن أبي يوسف رحمه الله أن عليه الدية في الخطأ، وهو قول الشافعي والكلام ههنا في فصول أربعة:

أحدها هذا الفصل الذي ذكرنا وحاصل المسألة راجع إلى أن بنفس الإسلام يصير معصوماً عن القتل حقاً لله تعالى، وهو معنى بالعصمة. . .[1] ولهذا وجبت الكفارة بقتله ويصير معصوماً عن الاسترقاق حتى لا يملك بالاستيلاء بالإجماع، وهل يصير معصوماً عن القتل حقاً للعبد حتى يكون مضموناً بالإتلاف وهو المعنى بالعصمة المقومة فهو على هذا الخلاف.

وجه ما روي عن أبي يوسف وهو قول الشافعي قول الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ

(١) بياض بالأصل.

﴿مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢] أوجب الدية بقتل المؤمن المطلق من غير قيد، وقال عليه السلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»(١) أثبت العصمة مطلقاً.

وجه ظاهر رواية أصحابنا قول الله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] والمراد المؤمن الذي لم يهاجر إلينا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ وليس المراد عدونا نسباً وإنه بعد ما هاجر إلينا هو عدونا نسباً أي هو من نسب قوم هم عدونا مع هذا تجب الدية بقتله وليس المراد عدونا ديناً فإن الله تعالى قال ﴿وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ فكان المراد عدونا داراً وليس ذلك إلا هذا المؤمن الذي لم يهاجر إلينا، والاستدلال بالآية أن الله تعالى جعل كل موجب قتله الكفارة ممن جعل الدية والكفارة موجباً له فقد جعل الكفارة بعض موجبة فيكون نسخاً، وبهذه الآية تبين أن المراد من المؤمن المذكور في قوله: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾ [النساء: ٩٢] غير هذا؛ لأن الله تعالى عطف هذا المؤمن على المؤمن المذكور في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾ والمعطوف غير المعطوف عليه، وبهذا تبين أيضاً أن المراد من الحديث العصمة. . .(٢) لا العصمة المقومة حتى لا يكون الحديث مخالفاً للكتاب والله أعلم.

وفي «المنتقى»: رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف: قوم من أهل الحرب أسلموا في دار الحرب فقتل رجل منهم رجلاً خطأ، فإن أبا حنيفة قال: لا دية عليه ولا كفارة، وقال أبو يوسف رحمه الله استحسن أن أجعل عليه الكفارة والدية. وذكر في موضع آخر من «المنتقى» قال أبو حنيفة: عليه الكفارة بالكتاب ولا دية، وهو قول أبي يوسف، وذكر في موضع آخر من «المنتقى»: حربيان أسلما في دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه خطأً، فلا كفارة عليه إلا أن يكون علم أن في القتل الخطأ الكفارة، فحينئذٍ يكون عليه الكفارة.

وفي «المنتقى» أيضاً: لو دخل قوم من تجار المسلمين دار الحرب، فقتل رجل من التجار رجلاً من أهل الحرب قد أسلم هناك فعليه الكفارة ولا دية. قال أبو حنيفة رحمه الله: وكان يتأول قول الله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ [النساء: ٩٢].

وفي «المنتقى» أيضاً: لو أن سرية من المسلمين أغاروا في دار الحرب، فقتل رجل منهم رجلاً أسلم في دار الحرب عمداً، أو رمى غيره فأصابه قال أبو حنيفة: لا دية فيه ولا كفارة من قبل أن لهم أن يرموا، وقال أبو يوسف: في هذا أضمِّن الدية استحساناً، وأوجب معها الكفارة في الخطأ.

وفيه أيضاً: ولو أن جنداً من المسلمين أحرقوا مدينة من مدائن أهل الحرب، فهلك فيها مسلم لم يضمنوا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال أبو يوسف: أنا أضمِّن المسلم إذا عرف قاتله منهم استحساناً والله أعلم.

إذا أسلم الحربي في دار الحرب وهاجر إلينا فقتله مسلم، فإن كان خطأً تجب الدية

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.
(٢) بياض بالأصل.

على عاقلته يأخذها الإمام وعليه الكفارة، وإن كان عمداً فللإمام أن يقتله إن شاء وإن شاء أخذ الدية، وليس له أن يعفو؛ لأنه لما أحرز نفسه بدار الإسلام فقد صار معصوماً عصمة مقومة، فالعصمة المقومة تثبت بالإحراز بدار الإسلام بلا خلاف، عرف ذلك بقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾ [النساء: ٩٢] وبالنصوص الواردة في باب القصاص، وإذا ثبتت العصمة المقومة بالإحراز بدار الإسلام تجب الدية على العاقلة في فصل الخطأ، والقصاص في فصل العمد كما لو قتل مسلماً، وللإمام أن يستوفي القصاص إذا لم يكن لهذا المقتول ولي أقرب منه بأن لم يكن له أقرباء في دار الإسلام؛ لأن «السلطان ولي من لا ولي له»(١) هكذا قال عليه السلام، وله أن يصالح على مال؛ لأن هذا المال يصرف إلى مصالح المسلمين [٥٢ ب/ ٢] وإنه أنفع في حق المسلمين من السلطان في ولاية النفع فيكون له ولاية الصلح وليس له أن يعفوا بغير عوض؛ لأنه من باب الضرر وللسلطان ولاية النفع والنظر، لا ولاية الضرر وصار كالأب في قصاص الصغير.

إذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان، فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأً فعلى القاتل الدية في ماله، وعليه الكفارة في الخطأ، ولا كفارة في العمد ولا قصاص، وعن أبي يوسف في غير رواية «الأصل» أن عليه القصاص في العمد.

وجه هذه الرواية: أن بدخوله دار الحرب لا يبطل إحراز نفسه بدار الإسلام وبه صار معصوماً عصمة مقومة فلا تبطل العصمة المقومة.

وفي ظاهر الرواية: إنما لا يجب القصاص لوجهين:

أحدهما: أن القصاص لا يمكن استيفاؤه إلا بالمنعة، لأن الواحد يقاوم الواحد غالباً ولا منعة إلا بالإمام وجماعة المسلمين، ولم توجد المنعة في دار الحرب لعدم ولاية الإمام على أهل الحرب فلا فائدة في الوجوب فلا يجب كالحد.

الوجه الثاني: أن دخوله دار الحرب لو كان للسكنى لبطلت العصمة أصلاً، كالذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا، فإذا وجب أصل الدخول صار شبهة في درىء ما يندرىء بالشبهات وهذا؛ لأن العصمة تسقط بالجواب تقديراً، وقد وجد شبهة الجواب لوجود صورة الدخول فصار شبهة، وإنما وجبت الدية.

وإن وجد ما يبطل العصمة صورة وصار شبهة إلا أن المال مما يجب مع الشبهات وتكون الدية في مال القاتل لا تتحملها العاقلة، وهذا لأن تحمل العاقلة إما بطريق أن الجاني أقدم على الجناية بقوتهم أو لأن الواجب على العاقلة حفظ الجاني عن الجناية وكلا الطريقين لا يوجد ههنا؛ لأنا نعلم يقيناً أن تمكنه من الجناية في دار الحرب لا يكون بقوة عاقلته في دار الإسلام، ولذا نعلم أنه لا تجب الدية على العاقلة وهم في دار الإسلام حفظه عن الجناية وهو في دار الحرب، وتجب الكفارة في قتل الخطأ مع الدية

(١) أخرجه أبو داود في النكاح باب ٢٠، والترمذي في النكاح حديث ١١٠٢، وابن ماجه في النكاح حديث ١٨٧٩، ١٨٨٠، وأحمد في المسند ١/ ٢٥٠، ٦/ ٤٧، ٢٧٠.

ولا تجب الكفارة في العمد، فالقتل العمد لا يوجب الكفارة عندنا في المواضع أجمع بخلاف الخطأ والله أعلم.

في الأسيرين من المسلمين في دار الحرب إذا قتل أحدهم صاحبه عمداً أو خطأ فإنه لا قصاص على القاتل في العمد، ولا دية في الخطأ، وإنما عليه الكفارة في الخطأ وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تجب الدية على القاتل في العمد والخطأ جميعاً فوجه قولهما: أن المقتول كان معصوماً عصمة مقومة بالإحراز بدار الإسلام لو بطلت العصمة إنما تبطل بصيرورته محارباً وتقدير ذلك بصيرورته من أهل دار الحرب، والأسير لم يصر من أهل دار الحرب لأنه ما قصد التوطن ثمة، وصار كما إذا دخل دار الحرب بأمان، ولأبي حنيفة رحمه الله رضي الله عنه أن الأسير مقهور في دار الحرب فصار بحكم القهر تبعاً لهم فصار من أهل دار الحرب بحكم التبعية فصار محارباً تقديراً، فبطلت العصمة بخلاف المستأمن لأنه لم يصر تبعاً لهم لأنه ليس بمقهور فلم يصر محارباً فلم تبطل عصمته والله أعلم بالصواب، وبه ختم الفصل.

في الحربي يدخل دارنا بأمان فيقرض أو يودع ودائع ثم يدخل دار الحرب ثم يؤسر أو يقتل أو يموت.

قال محمد ـ رحمه الله ـ في «الجامع الصغير»: في حربي دخل دارنا بأمان فأقرض رجلاً أو أودعه ودائع من رقيق وغير ذلك وكان من رقيقه من دبره في دار الحرب، ومنهم من دبره في دار الإسلام، ثم دخل دار الحرب ثم أسر أو قتل أو مات فنقول: ما دام هذا الحربي حياً في دار الحرب ولم يؤسر فما يترك في دارنا لا يصير فيئاً، بل يبقى على ملكه آمناً معصوماً عن الاستغنام وكان يجب أن تزول العصمة بعدما دخل الحربي دار الحرب، فيجب أن تزول عن المال تبعاً لزوال الأمان في حق المالك.

والجواب عن هذا أن يقال: إن الأمان في حق المال ثبت بسبب أمان المالك ويكون المال في دار الإسلام، فإنَّ ما كان له من المال في دار الحرب لا يصير معصوماً وإن صار الحربي معصوماً لأنه ليس في دار الإسلام والثابت شيئان تبعاً: أحدهما: أن حال المالك إن زال في دار الإسلام فيبقى الأمان في حق المال، ومن وجه آخر أن حال زوال الأمان عن المالك هذا المال ليس بتابع للمالك من كل وجه حتى يزول الأمان عنه تبعاً لزوال الأمان عن المالك لأن المالك في دار الحرب والمال في دار الإسلام، وإذا لم يكن المال تبعاً للمالك حال زوال الأمان عن المالك لا يزول الأمان في حق المال تبعاً لزوال الأمان عن المالك ألا ترى أنه لا يثبت الأمان في حق المال الذي خلفه في دار الحرب تبعاً لثبوت الأمان في حق المالك لأنه ليس بتابع له من كل وجه حال ثبوت الأمان كذا حالة الزوال.

وإن مات هذا الحربي في دار الحرب فهو على وجوه:

إن مات قبل أن يظهر المسلمون على الدار التي هو فيها فإن ما تركه من الودائع في دارنا ومن الديون لا تصير فيئاً، بل تصير ميراثاً لورثته؛ لأن الحربي متى مات قبل أن

يظهر المسلمون على الدار التي هو فيها لم يصر هو فيئاً حتى يصير ماله فيئاً تبعاً له، وإذا لم يصر ماله فيئاً بقي ملكاً له فيصير ميراثاً [٥٣أ/ ٢] لورثته، وأما مدبره فمن دبره في دار الإسلام يعتق بموته لأن تدبيره في دار الإسلام صحيح، ومن دبره في دار الحرب يصير ميراثاً لورثته، لأن التدبير لم يصح، هذا إذا مات قبل أن يظهر المسلمون على الدار التي هو فيها.

فأما إذا مات بعد ظهور المسلمين على الدار التي هو فيها، فإن ما ترك في دارنا من الودائع تصير فيئاً للغانمين، وما ترك من الديون تسقط عن أصحابها ولا تصير فيئاً للغانمين أمّا ما ترك من الودائع؛ لأن المالك صار فيئاً للغانمين قبل أن يموت بظهورهم على الدار التي هو فيها فصارت ودائعه فيئاً تبعاً له، وهذا لأن يد المودع بمنزلة يد المودع وما في يد المودع صار فيئاً للغانمين فكذا ما في يد المودع.

وعن أبي يوسف أن الودائع تصير للمودع خاصة؛ لأن يد المودع سبقت يد الغانمين إليه حين سقط الحربي عنها بظهور الغانمين عليها فصار محرزاً لها، وأما الديون فإنها لا تصير فيئاً للغانمين لأن الفيء ما يملك بالقهر والاستيلاء، والقهر والاستيلاء في الدين لا يتصور لأنه ليس بمال قائم حقيقة فلا يكون الاستيلاء على المالك استيلاء على الديون، وإنما سقطت ضرورة خروج المالك من أن يكون أهلاً للملك بخلاف الوديعة؛ لأنها عين حال قائم تقبل الاستيلاء فيجعل الاستيلاء على المالك.

وأما إذا قبل فهو على وجهين أيضاً: إن قبل بعد الظهور فإن ما ترك من الودائع تصير غنيمة بنفسه وإن قَبِلَ قَبْلَ الظهور فعنه روايتان: في رواية تصير ودائعه فيئاً وفي رواية لا تصير فيئاً، وأما إذا أسر فالجواب فيه كالجواب فيما إذا ظهر المسلمون على الدار.

وفي «نوادر» إبراهيم بن رشيد عن محمد رحمهما الله: حربي دخل دارنا بأمان وأودع وديعة عند رجل ثم رجع إلى دار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار التي فيها هذا الحربي وأسروه، قال أبو يوسف: الوديعة تكون فيئاً لجماعة المسلمين، وقال محمد: تكون فيئاً للسرية التي أسرت الرجل وما كان له من الرقيق الذي في دار الإسلام ومن أمهات الأولاد يعتق بأسره، وكان يجب أن لا يعتق لأن عتق المدبر معلق بموته ولم يوجد.

والجواب أنه بالاستراقق صار ميتاً حكماً، ولهذا لم يبق أهلاً لملك المال ولهذا لو كان الإمام في الأسارى من الرجال بالخيار من أن يقتلهم وبين أن يسترقهم، وأم الولد والمدبر كما يعتق بموت السيد من حيث الحكم ألا ترى أن المرتد المدبر إذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحوقه فإنه يعتق مدبروه وأمهات أولاده والارتداد مع اللحوق بدار الحرب موت حكماً لا حقيقة والله أعلم.

في الحربي يدخل دارنا بأمان، وله أموال وأولاد في دار الحرب فأسلم ههنا وظهر المسلمون على الدار

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: حربي دخل دارنا بأمان، وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضها ذمياً وبعضها حربياً وبعضها مسلماً

فأسلم ههنا، ثم ظهر المسلمون على الدار بعد ذلك فذلك كله فيء.

اعلم بأن ههنا أربع مسائل:

أحدها: إذا أسلم الحربي في دار الحرب، فلم يخرج إلينا حتى ظهر المسلمون على الدار التي هو فيها.

والجواب فيها: أنه لا يغنم نفسه وأولاده الصغار بالإجماع ويغنم أولاده الكبار ونساءَه بالإجماع، أما نفسه فلأن الإسلام عاصم عن الاستغنام وقد وجد، وأما أولاده الصغار فلأنهم صاروا مسلمين بإسلام الأب حكماً بطريق التبعية؛ لأنه لم يوجد ما يقطع التبعية وهو تباين الدارين، ولو صاروا مسلمين بإسلامه حقيقة صاروا معصومين عن الاستغنام فههنا كذلك، وأما أولاده الكبار ونساؤه فلأنهم ما صاروا مسلمين بإسلامه بل بقوا كافرين، والكافر الحربي يغنم، ولا يغنم ما كان في يده من المنقولات؛ لأن ما في يده من المنقولات صار تابعاً له لقيام يده عليه حقيقة وحكماً، أما حقيقة فظاهر وأما حكماً فلأن يد أهل الحرب قد انقطع بصيرورة هذه الدار دار إسلام وما في دار الإسلام كأنه في يده فصار المنقول بعد الإسلام والفتح في يده حقيقة وحكماً فتصير تبعاً له فيصير معصوماً تبعاً له، وكذلك ما كان وديعة له عند مسلم أو ذمي؛ لأن ما كان وديعة له فهو في يده حكماً لأن يد المودع يدَ المودَع حكماً وهو في يد المودع حقيقة وأي اليدين اعتبرنا فهي يد عاصمة فبقيت العصمة تبعاً لصاحب اليد.

وأما دوره وأرضه فيء كلها عند علمائنا رحمة الله عليهم خلافاً للشافعي.

وذكر في «المنتقى»: قول أبي يوسف أن عقاره لا يصير فيئاً ويكون كما هو قول الشافعي.

والوجه لنا في المسألة: أن المال إنما يصير معصوماً عن الفيء بعد إسلام المالك تبعاً للمالك لأن العاصم وهو الإسلام وجد من المالك لا من المال وتبعية المال للمالك بقيام يد المالك على العقار إن تثبت من حيث الحكم من حيث أنه تثبت له يد التصرف لم تثبت من حيث الحقيقة، لأنا نعني باليد الحقيقية اليد الناقلة كيد الغاصب، ولا يثبت لأحد على العقار اليد الناقلة لأن العقار لا يقبل النقل والتحويل، وهو معنى قول محمد في «الكتاب» لا يحول والمنقول يحول فكانت اليد على العقار ثابتة له من وجه دون وجه، فكانت التبعية ثابتة من وجه دون وجه فلا تثبت العصمة بالشك ولا يبطل ما كان في إباحة الاستغنام في الأصل بالشك، بخلاف المنقول لأنه يثبت يده على المنقول [٥٣ب/٢] حقيقة قبل الفتح، وحكماً بعد الفتح بصيرورة الدار دار الإسلام، وكذلك ودائعه في يد الحربي فيء عندنا؛ لأنها في يده من حيث الحكم لما ذكرنا أن يد المودَع يد المودِع حكماً، وهي في يد الحربي حقيقة؛ لأن اليد للمودع حقيقة، فباعتبار يده حكماً إن كان ينفي العصمة تبعاً له، فباعتبار يد الحربي حقيقة لا تثبت العصمة تبعاً فلا تثبت بالشك والاحتمال.

وكذلك الأجنة التي في بطون نسائه عند علمائنا رحمهم الله، لأن الجنين في حق

تصرف يرد على الأم مطلق بأجر الأم، ألا ترى أنه يعتق بعتقها، فيدخل تحت الوصية بها، والاسترقاق تصرف يرد على الأم، فيكون الجنين في حق هذا الحكم ملحقاً بسائر أعضائها، فكما تصير سائر أعضاء الأم فيئاً، فكذا الجنين ينفي هذا العذر أن الجنين حر مسلم، ولا يجوز استرقاق المسلم، قلنا: نعم، هو حر مسلم، إلا أنه ملحق بأجزاء الأم في حق تصرف يرد على الأم، فيسترق تبعاً لها بطريق الأصالة، ويجوز أن يثبت الشيء تبعاً لغيره وإن كان لا يثبت مقصوداً ما كان غصباً له عند حربي يصير فيئاً، وهذا ظاهر؛ لأن الوديعة التي له في يد الحربي تصير فيئاً، فالغصب أولىٰ. وأما كان غصباً له عند مسلم أو ذمي، قال أبو حنيفة رحمه الله: يصير فيئاً. وقال محمد: لا يصير فيئاً، محمد رحمه الله يقول: بأن المغصوب في يد المالك اعتباراً من حيث إنه له الإعادة بطريقه متى شاء، ومن حيث الحقيقة في يد الغاصب، ولكل واحد من اليدين عاصمة، تثبت العصمة كالوديعة التي له في يد مسلم أوذمي.

والدليل على أن العصمة تثبت بيد الغصب ما قال أبو حنيفة رحمه الله في العبد: إذا أبق إلى دار الحرب وأخذه الكفار لا يملكونه؛ لأن العبد صار في يد نفسه كما انتقل عن دار الإسلام، فصار ما في يده من المالية معصومة بيده، وإن كانت يده يد غصب على ماليته، وكذلك المسلم إذا غصب ثوب إنسان ولبسه وأسر مع الثوب لا يصير الثوب ملكاً لهم ما دام عليه تبعاً له وإن كانت يده يد غصب على الثوب.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: هذا هكذا إذا كان عصمة المال ثابتة في الأصل كما في العبد الآبق والثوب، واحتجنا إلى إزالتها بحصوله في دار الحرب، فلا يزيلها متى ثبت عليها يد الغصب، لأن يد الغاصب ثابتة من وجه، غير ثابتة من وجه، ثابتة باعتبار الحقيقة، وغير ثابتة باعتبار أنها باطلة مستحقة البعض، فما كان ثابتاً من العصمة بيقين لا يزول بالشك، فأما ههنا عصمة هذا المال لم تكن ثابتة قبل الغصب؛ لأنه كان مال حربي حاجتنا إلى إثباتها تبعاً للمالك، وإنه ليس...[1] للمالك، لأنه ليس في يده من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم، فلا يصير تبعاً له، ولا يجوز أن يثبت العصمة باعتبار يد الغاصب؛ لأن يد الغاصب ثابتة من وجه، غير ثابتة من وجه؛ لأن يد الغاصب حكماً ليست كيده، والعصمة لم تكن ثابتة، فلا تثبت بالشك.

هذا إذا ظهر المسلمون على دار أو نحوها، وصارت دار إسلام بعدما أسلم هو، فأما إذا أغاروا هذه الدار، ولم يظهروا عليها حتى لم تصر دار سلام، فالجواب عند محمد رحمه الله في الإغارة نظير الجواب فيما إذا ظهروا عليها وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يصير جميع ما أخذوا فيئاً إلا نفسه وأولاده الصغار.

لمحمد رحمه الله يقيس الإغارة في سائر الأشياء على الظهور على الدار، دليله نفسه وأولاده الصغار وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بأن هذا المال لم يكن معصوماً قبل

(١) بياض بالأصل.

إسلام المالك لو ثبتت العصمة؛ إنما ثبتت تبعاً لعصمة المالك بإسلامه، والمال إنما يصير تبعاً للمالك إذا ثبتت يد المالك عليه من كل وجه حقيقة وحكماً، وبعدإسلامه قبل أن تصير دار الإسلام إن ثبتت يده حقيقة لم تثبت يده حكماً؛ لأنه في دار الحرب، وما كان في دار الحرب، في يد أهل الحرب، فالتبعية تثبت من وجه دون وجه، فلا يثبت بالشك والاحتمال، وما كان ثابتاً من الإباحة لا يزول بالشك، بخلاف ما لو ظهر المسلمون على الدار ونحوها، وصارت دار إسلام؛ لأن يد المالك تثبت على المال حقيقة وحكماً، فيصير تبعاً له من كل وجه، فتثبت العصمة، وبخلاف العصمة على نفسه، فإنها تثبت بإسلامه مقصوداً قبل صيرورة الدار الإسلام، ولا كذلك عصمة المال؛ فإنها تثبت تبعاً للمالك.

المسألة الثانية: الحربي إذا دخل دار الإسلام بأمان ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على داره، فأهله وماله وجميع ما ترك في دار الحرب من أولاده الصغار والكبار فيء، أما الأهل وأولاده الكبار، فلما مر من قبل.

وأما أولاده الصغار، فلأنهم لم يصيروا مسلمين بإسلامه تبعاً له؛ لأن تباين الدارين حقيقة وحكماً تقطع التبعية، فحين أسلم في دارنا لم تكن الصغار تابعة له، فلا يصيروا مسلمين بإسلامه.

وأما المنقول فلما ذكرنا أن عصمة المال إنما تثبت تبعاً لعصمة المالك، وتبعية المال للمالك إنما تثبت بقيام يد المالك عليه حقيقة وحكماً ويده قد انقطعت كما تركه في دار الحرب حقيقة وحكماً، فلم تثبت العصمة.

المسألة الثالثة: إذا أسلم الحربي في دار الحرب ثم دخل دار الإسلام، ثم ظهر المسلمون على داره، فجميع ماله هناك فيء إلا أولاده الصغار، وما كان هناك من وديعة في يد مسلم أو ذمي، أما أولاده الصغار فإنما لا يكونون فيئاً، لأنهم صاروا مسلمين بإسلامه تبعاً؛ لأنه حين أسلم لم يوجد ما يمنع التبعية، وهو تباين الدارين، وأما ما كان من وديعة له في يد مسلم أو ذمي؛ لأن كل واحد من اليدين [٥٤أ/ ٢]. عاصمة بخلاف المسألة الثانية فإن ثمة الودائع كلها فيء أما ما كان في يد الحربي فظاهر وأما ما كان في يد مسلم أو ذمي لأن حال . . . . .[1] أسلم فيده لم تبقَ على ما كان في دار الحرب حكماً لتباين الدارين ويد المودع بائنة حقيقة لا حكماً فلا تثبت العصمة بالشك، فأما في هذه المسألة حال ما أسلم في دار الحرب فيده ثابتة على الوديعة حكماً أو يد المودع ثابتة حقيقة وكل واحد من هذين اليدين عاصمة فثبتت العصمة، وبخروجه إلى دار الإسلام إن زالت يده حكماً بقيت يد المودع حقيقة وهذا يكفي لبقاء العصمة.

المسألة الرابعة: المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالاً وله أولاد أدخلهم مع نفسه دار الحرب، ثم ظهر المسلمون على هذه الدار، فالجواب فيه على

---

(١) بياض بالأصل.

التفصيل الذي ذكرنا في حربي أسلم في دار الحرب ثم ظهر المسلمون على داره إلا في فصلين:

أحدهما: أن أولاده الكبار ههنا لا يصيرون فيئاً لأنهم كانوا مسلمين بخلاف تلك الصورة لأن أولاده الكبار هناك كفار.

والثاني: أن ما كان وديعة له عند حربي لا يصير فيئاً على رواية أبي سليمان بخلاف تلك الصورة، ووجه الفرق: أن ما أودع حربياً من المال الذي اشتراه من أهل الحرب بدل ما كان معه والبدل ما كان معه، والبدل قائم مقام المبدل فكأنه أودعه ما أدخله مع نفسه دار الحرب، ولو كان كذلك لا يصير ما أودعه فيئاً وإن كان المودع حربياً؛ لأن ذلك المال كان معصوماً في الأصل فباعتبار يد الحربي إن كانت تزول العصمة فباعتبار يد المسلم لأن تزول فلا تزول العصمة بالشك فكذا ههنا، أما مال الحربي الذي أسلم في دار الحرب كان مباح الأخذ في الأصل حاجتنا إلى إثبات العصمة وباعتبار يد المسلم حكماً إن كان ثبتت العصمة فباعتبار يد الحربي حقيقة لا يثبت فلا يثبت بالشك، وعلى رواية أبي حفص يصير ما في يد المودع الحربي فيئاً كما في تلك الصورة، فعلى رواية أبي حفص لا يحتاج إلى الفرق.

والحاكم الشهيد رحمه الله في «المختصر» أثبت رواية أبي سليمان أما ما أثبت رواية أبي حفص بخلاف العقار على رواية أبي سليمان فإنه يصير فيئاً، وإن كان بدل ماله في الأصل وذلك معصوم إذ لا يمكننا أن نثبت على العقار من اليد ما كان باقياً على بدله، وهو اليد الناقلة حتى يقوم مقامه فبقي مقطوعاً عن البدل بهذا الاعتبار بخلاف المنقول، وما كان له من رقيق له كبير، وما قاتل المسلمين كان فيئاً لأنه لما قاتل فقد غصب نفسه من المولى وهو حربي فكان هذا بمنزلة ما لو غصبه حربي آخر ثم ظهر المسلمون على الدار وهناك يصير فيئاً لزوال يده عنه حقيقة كذا هنا والله أعلم.

في فضول الغنائم وذهاب بعض الغانمين قبل القسمة

وإذا قسم الإمام الغنائم وأعطى كل ذي حق حقه وبقي منها شيء يسير لا يستقيم أن يقسم لكثرة الجند وقلة ذلك الشيء في نفسه يتصدق به الإمام على المساكين؛ لأنه عجز عن إيصال الفضل إلى مستحقيه وهم الجند لكثرتهم وقلة الفاضل في نفسه فيعتبر بما لو عجز عن إيصاله إلى مستحقيه لجهله بالمستحقين كما في اللقطة، وفي اللقطة حكم الشرع التصدق بها على المساكين كذا هنا، إلا أن فرق ما بين اللقطة ومسألتنا أن في اللقطة إنما يتصدق بعد التعريف في مدته، وههنا يتصدق قبل التعريف، والفرق أن في اللقطة لا يتيقن بعجز الإمام عن إيصالها إلى مستحقيها قبل التعريف، فإن مجيء صاحبها مرجو فكان في التعريف فائدة، وفي مسألتنا تيقنا بعجزه عن إيصال الفاضل إلى المستحق؛ لأن عجزه ههنا لكثرة الجند وقلة الفضل، وهذا معلوم قبل التعريف فلم يكن في التعريف فائدة.

ألا ترى أن العنين يؤجل والمجبوب لا يؤجل لأن التأجيل في حق العنين مفيد، وفي حق المجبوب غير مفيد، ولو لم يتصدق بها ووضعها في بيت المال لما فيه نفع

للمسلمين في المستقبل فله ذلك أيضاً كما في اللقطة إذ مضت مدة التعريف ولم يجيء صاحبها كان للإمام أن يتصدق بها إن شاء وإن شاء وضعها في بيت المال لما فيه من نفع للمسلمين فالإمساك للمسلمين في اللقطة عزيمة والتصدق بها رخصة كذا هنا، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير».

ولو أن قوماً من الجند أتوا أمير الجند وقالوا إن منازلنا بعيدة ولا نقدر على المقام فأعطنا حقنا من الغنيمة على الحزر والظن بذلك وأنت في حل فأعطاهم ومضوا ثم أعطى الباقين حصتهم بقدر ذلك فازدادت أنصباء الباقين على أنصباء الذين مضوا وهو في يد صاحب المغانم فضل من إيصال الذين مضوا لا يتصدق به، ولكن يمسكه حولاً ويخبر به المسلمين وفرق بين هذا وبين مسألة أول الفصل، قال في مسألة أول الفصل يتصدق بالفضل ولا يمسكه ولا يعرفه إن شاء.

والفرق بينهما: أن في مسألة أول الفصل تيقن الإمام بعجز نفسه عن إيصال الفضل إلى مستحقيه لكثرة الجند وقلة الفضل في نفسه فالإمساك والتعريف لا يفيد بموته فلم يؤمر بالإمساك والتعريف لا محالة فأما ههنا لم يتيقن بعجز نفسه عن إيصال الحق إلى مستحقيه، وهم الذين مضوا؛ لأن الفضل يحتمل القسمة فيما بينهم والذين مضوا شرذمة قليلون ربما يحضرون فيأخذون الفضل على أنصبائهم [٥٤ب/ ٢] إلا أنه عجز عن الإيصال إليهم لجهله بمكانهم فكان بمنزلة اللقطة التي عجز الملتقط عن إيصالها إلى صاحبها لجهله بمكانها، وفي اللقطة تعرّف أولاً حولاً ثم يُخيّر بعد ذلك إن شاء أمسك كذلك وإن شاء تصدق بها على المساكين كذا هنا، ثم قال: ويخبر بذلك المسلمون لعل ذلك ينتهي إلى أهلها كما في اللقطة.

قالوا: وهذا يدل على أن من وجد لقطة وأشهد عليها شاهدين أنه أخذها للمالك لا لنفسه أنه يكفي ويكون ذلك تعريفاً، ولا يجب عليه أن يعرفها كل جمعة وكل شهر كما يقوله بعض الناس؛ لأنه ربما لا يتهيأ له ذلك إلا بأن يأمر منادياً وربما يلزمه في ذلك مؤنة.

قال: ولا يصير ذلك الإمام بقولهم وأنت في حل لأنهم كالمضطرين والمكرهين على هذه المقالة؛ لأنه إنما حملهم على التحليل بالزيادة على ما دفع الإمام إليهم لضيق الحال بهم وبعد منازلهم، فكانوا كالمضطرين والمكرهين عليه فلا يصح التحليل، وإذا لم يصح التحليل صار وجوده والعدم بمنزلة ولو عدم التحليل لا يضر ذلك الإمام فكذا هذا، فلو أن الأمير تصدق بذلك ثم جاء أصحابه كان لهم أن يضمنوا الأمير، كما في اللقطة إذا تصدق بها الملتقط، ثم جاء صاحبها فإن له أن يضمن الملتقط قيمة اللقطة كذا هنا، ثم يضمن الأمير ذلك من ماله ولا يرجع في مال بيت المال، ولا في الخمس بذلك؛ لأن التصدق بها غير داخل تحت ولاية الإمارة حتى يجعل نائباً عن صاحب المال في التصدق بها؛ لأنه يتصدق بمال الغير لأنه مما لا يدخل تحت ولاية الإمارة والقضاء فإن الأمير والقاضي لا يملك ذلك على أحد من غير رضاه فإذا لم يكن هذا داخلاً تحت ولاية

الإمارة والقضاء صار الأمير في هذا كواحد من الرعايا، ولو أن واحداً من الرعايا تصدق باللقطة بعدما عرَّفها حولاً، ثم جاء صاحبها ولم يجز الصدقة، أليس أنه يضمن لصاحبها ويكون ذلك في ماله لا يرجع به على أحد فكذا الأمير.

وكذلك الجواب في الإمام إذا تصدق بالفضل بأن عرى الإمام الأعظم لنفسه، ثم جاء أصحابه كان لهم أن يضمنوا الإمام ذلك ويكون ذلك في ماله لا يرجع به على أحد، كما لو كان المتصدق أمير العسكر إلا أن يكون الإمام رأى أن يستقرض ذلك للمساكين ويقسمه فيما بينهم لحاجتهم إلى ذلك حتى إذا جاء مستحقوه ولم يجيزوا صدقته فإنه يعطيهم مثل ذلك من أموال الفقراء والمساكين فحينئذٍ لا ضمان على الإمام ويعطيهم مثل من مال بيت المال لأن للإمام الأكبر أن يستقرض على بيت مال الفقراء والمساكين لأن بيت المال مال الفقراء تحت رأيه وتدبيره، فيجوز له الاستقراض على ذلك، وقالوا ههنا. . .[1] الإمام الأكبر وأمير الجند وصاحب المقاسم وهو الذي فوض إليه أمر قسمة الغنيمة لا غير، فصاحب المقاسم لا يملك التصدق بالفضل لأنه فوض إليه أمر القسمة لا غير، والتصدق بالفضل ليس من القسمة في شيء.

وأمير الجند له أن يتصدق بالفضل لأنه فوض إليه أمر الغنيمة والغزاة والتدبير في ذلك والتصدق بالفضل من جملة أمر القسمة والتدبير فيها، وليس له أن يستقرض على بيت مال الفقراء أو المساكين؛ لأنه لم يفوض إليه التدبير في بيت مال الفقراء إنما فوض إليه أمر الغنيمة لا غير، والإمام الأعظم له أن يتصدق وله أن يستقرض على بيت مال المسلمين لما ذكرنا.

ولو أن جنداً عظيماً أصابوا غنائم وأخرجوها إلى دار الإسلام، فلم تقسم حتى تفرق الناس وذهبوا إلى منازلهم، ولا تعرف منازلهم وبقي البعض منهم أعطى الإمام الباقين أنصبائهم، ويمسك الفضل؛ لأن حصتهم لقطة فإذا مضى سنة ولم يجيء لها طالب تصدق بها كما تصدق باللقطة.

ولو غَلَّ على رجل شيئاً من المغانم ولم يأت به إلا بعد ما قسمت الغنائم وتفرق أهلها فللإمام أن يصدقه فيما قال، ويأخذ منه ويخمسه ويصرف الخمس إلى الفقراء ويمسك الباقي حتى يجيء مستحقوها، فإن لم يطمع في مجيء مستحقيها تصدق بها كما في اللقطة، وإن شاء كذبه فيما قال وأخذ منه خمس ما جاء به وترك أربعة الأخماس عليه؛ لأنه بما قال: ادعى على الأمير حفظ أربعة الأخماس عليه لأنه إنما قال: ادعى على الأمير حفظ أربعة الأخماس إلى أن يطمع مجيء المستحق والتصدق بشرط الضمان.

وإذا انقطع طمع مجيء المستحق كان له أن لا يقبل ذلك بخلاف الخمس لأنه ليس يلزمه في الخمس حفظه ولا ضمان على تقدير التصدق، فإنه يمكنه أن يتصدق به على المساكين في الحال كما أخذ ولا يلزمه ضمان ولو لم يأت بذلك المال إلى الإمام ولكنه

(١) بياض بالأصل.

يمسكه إلى أن يطمع مجيء مستحقيه، وإذا انقطع طمعه في ذلك تصدق به إن شاء بشرط الضمان إذا حضر المستحق ولم يجز صدقته.

والجواب في الغاصب إذا لم يظفر بالمغصوب منه هكذا، أنه يمسكه إلى أن يطمع مجيء صاحبه وإذا انقطع طمعه في ذلك يتصدق بشرط أن يضمن إذا لم يجز صاحبه الصدقة ولكن الأحسن أن يدفع ذلك إلى الإمام وكذلك اللقطة والله أعلم.

في نزول المشركين على حكم واحد من المسلمين وما يتصل به

قال محمد رحمه الله: وإذا حاصر المسلمون حصناً، أو مدينة من مدائن أهل الحرب فطلبوا من المسلمين أن ينزلوهم على حكم الله فلا ينبغي لهم أن ينزلوهم على ذلك، وعن أبي يوسف أن لهم أن ينزلوهم، وهو قول أهل الحجاز.

وجه هذه الرواية: أنه لو لم يجز الإنزال على حكم الله تعالى إنما لم يجز؛ لأنه لا ندري حكم الله فيهم وحكم الله في الكفرة معلوم، وهو الكف عنهم إن أسلموا أو صاروا ذمة يؤدون الخراج عن رؤوسهم وأراضيهم، وإن أبو ذلك قتل مقاتليهم وسبى ذراريهم [٥٥أ/ ٢] أو سبئ أو الكل.

وجه ظاهر الرواية: ما روي عن رسول الله عليه السلام: أنه كان إذا بعث جيشاً أو سرية قال لهم: «اغزوا باسم الله وفي سبيل الله» الحديث إلى أن قال: «وإذا حاصرتم حصناً أو مدينة وطلبوا منكم أن تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم على حكم الله فإنكم لا تدرون ما حكم الله فيهم، ولكن أنزلوهم على حكمكم واحكموا فيما بينهم»(١).

فالنبي عليه السلام نهى عن الإنزال على حكم الله وبين المعنى فقال: «إنكم لا تدرون ما حكم الله فيهم»، وما ذكروا من الحكم فذاك حكم الله في كفار ظهرنا عليهم فهو أو غيره، أما هؤلاء الذين تركوا القتال وجاؤوا طالبين حكم الله فيهم فحكم الله لم يعرف فيهم؛ لأن الله تعالى لم ينص في كتابه على ذلك، والنص الوارد بما ذكرنا من الأحكام في حق الذين ظهرنا عليهم عنوة وقهراً لا يكون وارداً في حق هؤلاء؛ لأن جناية هؤلاء دون جناية من ظهرنا عليهم عنوة وقهراً؛ لأن جناية هؤلاء من حيث الإباء عن الإسلام، وجناية من ظهرنا عليهم عنوة وقهراً من حيث الإباء عن الإسلام والمحاربة، فبقي حكم الله فيهم مجهولاً.

ولا حجة في حديث قريظة؛ لأن قريظة نزلوا على حكم سعد، لا أن حكم سعد وافق حكم الله عزّ وجلّ عرف ذلك بإخبار رسول الله عليه السلام، ولو كان لنا من يخبرنا بحكم الله فيهم جاز لنا أن ننزلهم على حكم الله ثم نحكم بذلك فيهم، فإن فعل المسلمون ذلك وأنزلوهم على حكم الله وصاروا في أيدي المسلمين مقهورين، وصار المسلمون ظاهرون على دارهم؛ فينبغي للإمام أن يعرض عليهم الإسلام، فإن أسلموا كانوا أحراراً

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد حديث ١٧٣١، وأبو داود في الجهاد حديث ٢٦١٣، والترمذي في الديات حديث ١٤٠٨، وابن ماجه في الجهاد حديث ٢٨٥٨، وأحمد في المسند ٤/ ٢٤٠، ٥/ ٣٥٢، ٣٥٨.

لا سبيل عليهم ويسلم لهم أموالهم وذراريهم وصارت دارهم دار الإسلام، وكان في أراضيهم العشر. وإن أبوا الإسلام يجعلهم الإمام ذمة يؤدون الخراج عن رؤوسهم وأراضيهم لأن بعدما صاروا في أيدينا بعد إعادتهم إلى مأمنهم؛ لأنا نعلم قطعياً ويقيناً أنه ليس من حكم الله تعالى إعادتهم إلى مأمنهم ليعودوا حرباً على المسلمين، فيستحلون قتال المسلمين وسفك دمائهم وأخذ أموالهم، والله تعالى ما أمر المسلمين بقتالهم إلا لترك هذا، فلا يعادون إلى مثل ذلك.

ولا وجه إلى قتل مقاتليهم وسبي نسائهم وذراريهم أو سبي الكل؛ لأنا لا ندري أن هذا هل هو حكم الله فيهم؛ لأن هذا حكم الله تعالى في الكفار الذين ظهرنا عليهم عنوة، ولم يسلموا ولم يقبلوا الجزية، وهؤلاء وقعوا في أيدينا باختيارهم. وإذا تعذر الرد إلى مأمنهم وتعذر القتل والأسر فقد بقوا محتبسين في دار الإسلام على سبيل التأبيد فيدعون إلى الإسلام لأنا نعلم قطعاً ويقيناً أن الدعاء إلى الإسلام حكم الله تعالى في جميع الكفرة، ولأجل الإسلام نقاتلهم، فإن أسلموا كانوا أحراراً لا سبيل عليهم ولا على نسائهم ولا على ذراريهم ولا على أموالهم؛ لأنهم كانوا آمنين حين أسلموا لأنهم جاؤوا مجيء المستأمنين.

والحربي المستأمن إذا أسلم يكون حراً لا سبيل عليه، ويسلم له أولاده ونساؤه وأمواله وتصير دارهم دار الإسلام ويوضع على أراضيهم العشر؛ لأنهم أسلموا طوعاً وكل بلدة أسلم عليها أهلها طوعاً كانت عشرية. وإن أبوا أن يسلموا جعلهم الإمام ذمة يؤدون الجزية عن رؤوسهم والخراج عن أراضيهم؛ لما ذكرنا أنهم بقوا محتبسين في دارنا آمنين عن القتل والأسر على التأبيد فيحبس بالجزية.

وذكر هذه المسألة في «المنتقى»: برواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف وقال: إذا نزلوا على حكم الله تعالى فالحكم فيهم إلى الإمام يختار أفضل ذلك للإسلام، فإن رأى قتلهم وسبي ذراريهم أُفَضِّلُ فعل ذلك، وإن رأى أن يجعلهم ذمة ورآه أفضل للإسلام فعل، وإن أسلموا قبل أن يحكم الإمام بشيء فهم أحرار والأراضي لهم، وهي أرض عشر، وإن مضى الحكم بقتلهم وسبي ذراريهم فلم يقتلوا حتى أسلموا فهم فيء مع ذراريهم ولا يقتلون.

وإن كان الحَكَم رجلاً مسلماً إلا أنه لا تجوز شهادته لفسقه أو لأنه محدود في قذف فحكمه جائز إن حكم عليهم بقتل أو سبي أو غير ذلك، وإن حَكَّموا عبداً أو صبياً حراً قد عقل لم يجز حكمه، فإن نزلوا مع ذلك على حكمه يجعل ذمة كما لو نزلوا على حكم الله تعالى، وإن حكموا ذمياً فحكم بقتلهم وسبي ذراريهم أو غير ذلك جاز، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير»؛ لأن للذمي شهادة على الحربي المستأمن في القتل والاسترقاق فيجوز حكمه بهما عليه، فإن أسلموا قبل أن يحكم الذمي عليهم بشيء لم يجز حكمه عليهم بعد ذلك بقتل أو سبي أو غيره لأنه لا شهادة للذمي على المسلم أصلاً، فلا يجوز حكمه عليه أصلاً، ولذا يجعلهم الإمام في هذه الصورة أحراراً لا سبيل

عليهم لأنهم أسلموا وهم آمنين والمستأمن إذا أسلم كان حراً لا سبيل عليه.

ألا ترى أنهم لو حكموا مسلماً فلم يحكم بينهم بسبي حتى أسلموا لم يحكم عليهم بسبي بعد الإسلام فهنا أولى.

وفي «المنتقى»: لو سألوهم أن ينزلوهم على حكم رجل من أهل الذمة لم يجابوا إلى ذلك، ولا يحل أن يحكم أهل الكفر في أهل الإسلام ولو فعلوا فحكم لا ينفذ حكمه، ولو حكَّموا امرأة جاز حكمها في جميع ما حكمت إلا أن تحكم بقتل هكذا ذكر في «الزيادات»، وهذا لأن الحكومة معتبرة بالشهادة كالقضاء، ولا تجوز شهادة المرأة في القتل فلا يجوز حكمها فيه وتجوز شهادتها فيما سوى ذلك فيجوز حكمها.

وفي [٥٥ب/ ٢] «المنتقى»: لو حكَّموا امرأة فحكمت بالقتل وسبي الذراري لم يجز ذلك، ولو حكمت بأنهم ذمة فإن قبلوا ذلك فهم ذمة. وإن نزلوا على حكم رجل فمات ذلك الرجل قبل أن يحكم بشيء، ذكر في «السير الكبير»: أن هذا وما لو نزلوا على حكم الله سواء فإن حكم فلان بعد موته لا يوقف عليه كحكم الله تعالى.

وفي «نوادر بشر بن الوليد» عن أبي يوسف: أنه إذا مات الحَكَمُ فالوالي يفرض عليهم أن يجعلوا الحكم إلى غيره، فإن لم يقبلوا نبذ إليهم وكان على محاربتهم، وإن حكم الحاكم بقتل المقاتلة والنساء والذراري فقد أخطأ ويقتل المقاتلة ولم يحكم في النساء والذراري بشيء يجعل النساء والذراري سبياً، ولا يصلح للحكومة أسير من المسلمين في أيديهم، وكذلك تاجر من المسلمين معهم في دارهم، وكذلك رجل منهم أسلم وهو في دارهم معهم وكذلك رجل منهم هو في عسكر المسلمين.

وفي «المنتقى»: لو أن أهل حصن نزلوا على أن الحَكَمَ فيهم فلان، فإن لم يرضوا بحكمه ردوا إلى حصنهم نزلوا على ذلك وقالوا: نرضى بحكمه، فلما حكم فيهم بقتل المقاتلة وسبي الذرية كرهوا ذلك وأبوه، فإنهم يقتلون وتسبى الذراري، وإن رجعوا عن ذلك قبل أن يحكم فيهم فلهم ذلك ويردون إلى حصنهم، ألا ترى أن فلاناً لو مات قبل أن يحكم ردوا إلى حصنهم، وكذلك إن أبى أن يحكم.

وفي «السير الكبير»: إذا شرطوا أن ينزلو على حكم فلان على أنه إن حكم بينهم بسبي فقد مضى الحكم، وإن لم يحكم بينهم بسبي ردوا إلى مأمنهم، أو شرطوا أن ننزل على حكم فلان على أنه إن حكم فينا أن يبلغوا إلى مأمننا أمضيتم ذلك فلا ينبغي للحكم أن يحكم بردهم إلى مأمنهم؛ لأن فيه تكثير عدد المحاربين على المسلمين، وفي ذلك ضرر بالمسلمين، مع هذا لو أنزلوهم على هذا الشرط وحكم الحاكم بالرد إلى مأمنهم أمضينا حكمه ورددناهم إلى مأمنهم، والرد إلى مأمنهم بحكم الشرط لا يخالف حكم الشرع بل يوافقه، قال عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»[1].

(١) أخرجه البخاري تعليقاً في الإجارة، باب أجر السمسرة، والحاكم في المستدرك ٢/ ٤٩، والطبراني في المعجم الكبير ٤/ ٣٢٧، ١٧/ ٢٢١، وابن أبي شيبة في المصنف ٦/ ٥٦٨.

والدليل عليه: أنهم إذا نزلوا إلينا بأمان فإنهم يردون إلى مأمنهم وإنما يردون بحكم الشرط دلالة فلأن يردون بالشرط صريحاً أولى.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: أمير العسكر إذا أمن قوماً من أهل حصن على أن يكونوا عبيداً لفلان، ورضوا بذلك، ونزلوا عليه فهم فيء لمن غنمهم من المسلمين ولم يكونوا عبيداً لفلان.

وفي «المنتقى»: إذا حكم الحَكَمُ أن يكونوا في دار الإسلام بلا ذمة ولا خراج آمنين، فهذا الحكم مخالف للكتاب والسنّة، فإن رضوا بالذمة والخراج أمضى عليهم، وإن كرهوا ردوا إلى حصنهم ونبذ إليهم.

وفي «السير» و«الزيادات»: لو حكم الحَكَمُ فيهم بقتل مقاتليهم وسبي نسائهم وذراريهم جاز، وكذلك لو حكم الحكم بسبي الكل أو بجعلهم ذمماً، وإن حكم بردهم إلى مأمنهم فحكمه باطل فإن حكم بعد ذلك بقتل مقاتليهم وسبي نسائهم وذراريهم أو سبي الكل فالقياس: أن يجوز حكمه الثاني، وفي الاستحسان: لا يجوز.

وإن سألوا الأمان ـ على أن يعرض عليهم الإيمان فإن قبلوا وإلا ردوا إلى مأمنهم ـ فعل الإمام ذلك قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦].

ولو نزلوا على أن يعرض عليهم الإسلام فعرض وأبوا فلهم اللحاق بحصنهم وليس للمسلمين قتلهم وسبي نسائهم وذراريهم، ولو رضوا بأداء الخراج لزمهم ولا يجلون بعد ذلك بالرجوع، وإن خرج بعضهم على أن يحكم فيهم فلان. . .[1] القلعة بعد انفصالهم منها وقتل من في القلعة، فمن نزل فعلى ما نزل. فإن كانوا شرطوا ردهم إلى الحصن بأن لم يرضوا بذلك وقد هدمت القلعة ردوا إلى أدنى موضع لا منعة فيه، فإن كان أهل الحصن قد أجمعوا على نزول لهذا الصلح لم يقتل المسلمين أهل القلعة، فإن فعلوا فلا شيء عليهم وقد أساؤوا.

وإذا نزلوا على أن يحكم الوالي بنفسه فيهم، فهو كرجل من أهل العسكر.

ولو نزلوا على حكم الله وحكم فلان فهو وما لو نزلوا على حكم الله سواء.

ولو نزلوا على حكم فلان وفلان فمات أحدهما لم يجز حكم الآخر بعد ذلك قال في «المنتقى»: إلا أن يرضى الفريقان بحكمه قال ثمة: وكذلك إذا اختلفا في الحكم وهما حيان إلا بأن يرضى الفريقان بحكم أحدهما، ولو حكم أحد الحكمين بقتل مقاتليهم وسبي ذراريهم وحكم الآخر بسبي الكل فإنهم لا يقتلون ويكونون فيئاً الرجال والنساء وجميعاً؛ لأن الذي حكم بالقتل حكم بالسبي معنى؛ لأن السبي في معنى القتل، فإنه إهلاكٌ معنى فإن ملكه عن نفسه بالأسر حكماً، نزل بالقتل حقيقة وحكماً، فعلم أن الأسر في معنى القتل، فقد اتفقا على السبي واختلفا في القتل فما اتفقا عليه يثبت، وما تفرد به أحدهما لا يثبت؛ لأنهم رضوا بحكمهما لا بحكم أحدهما.

---

(١) بياض بالأصل.

ولو حكما جميعاً بقتل مقاتليهم وسبي نسائهم وذراريهم كان الإمام فيهم بالخيار: إن شاء قتل المقاتلة منهم وسبى ذراريهم، وإن شاء جعل الكل فيئاً؛ لأن الحكم بالقتل حكم بالسبي معنًى فكأنهما حكما بالقتل والأسر جميعاً، وهناك يتخير الإمام كذا هنا.

وإذا نزلوا على حكم رجل ولم يسموه فذلك إلى الإمام يتخير أفضلهم، وإن أسلموا بعد التحكيم قبل إمضاء الحكم فهم أحرار. وإن صيرهم الحكم ذمة قبل الإسلام فالأرض لهم خراجية، وإن حكم الحاكم بقتل قواد منهم يخاف غدره وسبى الباقي من الرجال والنساء فهو جائز، وإن حكم بقتل الرجال وسبي النساء والذراري فقتل الرجال [٥٦أ/ ٢] وسبى النساء والذراري فالأرض فيء، فإن شاء الإمام خمسها وقسم أربعة الأخماس بين الغانمين، وإن شاء تركها على حالها في يد الوالي ودعا إليها من يعمرها ويؤدي خراجها، كما يعمل في معطل أرض أهل الذمة.

وإذا مات الحَكَم بعد نزولهم قبل الحكم ردوا إلى مأمنهم ما خلا المسلمين فإن الأحرار منهم ينزع مجاناً والعبيد بالقيمة، وكذلك أهل ذمتنا عندهم وكذلك من أسلم منهم في أيديهم إذا استعانوا بالمسلمين؛ لأن الحكم لم ينفذ فيهم، ثم في كل موضع وجب ردهم فإنما يردون إلى الموضع الذي خرجوا إلينا، ولا يردون إلى ما هو أحصن منه ولا إلى حبس أكبر منهم والله أعلم.

فصل في الموادعة

وإذا رأى الإمام موادعة أهل الحرب ولم يأخذ على ذلك مالاً فلا بأس به، والكلام ههنا في فصول:

أحدها: إذا طلبوا من الإمام الموادعة سنين معلومة بغير شيء، والحكم فيه أن الإمام ينظر في ذلك إن رأى الموادعة خيراً للمسلمين لشدة شوكة أهل الحرب وما أشبه ذلك فعل ذلك، فقد صح أن رسول الله عليه السلام صالح أهل مكة عام الحديبية على أن وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين، وكان في ذلك نظر للمسلمين لمواطأة كانت بين أهل مكة وأهل خيبر وهي قصة معروفة، ولأن الإمام نصب ناظراً للمسلمين ومن النظر حفظه قوة المسلمين أولاً، وربما يكون ذلك في الموادعة إذا كان للمشركين شوكة أو يحتاج الإمام إلى أن يمعن في دار الحرب ليتوصل الإمام إلى قوم لهم بأس شديد فلا يجد بداً من أن يوادع من على طريقه ليأمن منهم.

وإن لم تكن الموادعة خيراً للمسلمين فلا ينبغي له أن يوادعهم؛ لأن قتال المشركين فرض، وترك ما هو فرض من غير عذر لا يجوز.

وإن رأى الموادعة خيراً فوادعهم ثم نظر فوجد موادعتهم شراً للمسلمين نبذ إليهم الموادعة ويقاتلهم؛ لأنه ظهر في الانتهاء منع استدامة الموادعة ولكن ينبغي أن ينبذ إليهم على سواء قال الله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨] بينكم وبينهم في العلم فلا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليه من التحصن.

إذا طلبوا من الإمام الموادعة على أن يؤدي المسلمون إليهم شيئاً معلوماً كل سنة والمسلمون بدون هذه الموادعة خيراً لهم فلا بأس بأن يفعلوا ذلك، والأصل فيه: ما روي «أن المشركين لما أحاطوا بالخندق وبلغ حال المسلمين كما قال الله تعالى: ﴿هُنَالِكَ ٱبْتُلِيَ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَزُلْزِلُوا۟ زِلْزَالًا شَدِيدًا﴾ [الأحزاب: ١١] بعث رسول الله عليه السلام إلى عيينة بن حصن الفزاري وطلب منه أن يرجع بقومه على أن يعطه كل سنة ثلث ثمار المدينة فأبى ذلك إلا أن يعطيه النصف، فلما حضر رسله ليكتبوا الصلح بين يدي رسول الله عليه السلام جاء سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وقالا: يا رسول الله إن كان هذا عن وحي فامض لما أمرت به، وإن كان رأياً رأيته فقد كنا عن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا يطمعون في المدينة إلا شراً أو. . .[١]، فإذا أعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم قهراً لا نعطيهم إلا السيف»، فقال عليه السلام: «إني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة، فأحببت أن أصرفهم عنكم فإذا أبيتم فأنتم وذاك اذهبوا فلا نعطيهم إلا السيف»[٢] فمال رسول الله عليه السلام إلى هذا الصلح في الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين، فحين رأى القوة فيهم بما قاله السعدان امتنع من ذلك، وهذا لأنهم إن ظهروا على المسلمين أخذوا جميع المال والذراري فكان دفع بعض المال ليسلم المسلمون في ذراريهم وسائر أموالهم أهون وأنفع وبه ختم.

إذا طلبوا من الإمام الموادعة سنيناً معلومة على أن يؤدوا إلى المسلمين كذا وكذا فذلك جائز؛ لأن الموادعة إما مؤقت فيعتبر بالأمان المؤبد وهو عقد الذمة ولو طلبوا منا الذمة يجوز وتؤخذ منهم الجزية على ذلك ليتقوى بها المسلمون على القتال هكذا تجوز الموادعة ويجوز أخذ المال عليها والله أعلم.

إذا طلبوا من الإمام الموادعة سنيناً معلومة على أن يؤدوا إلى المسلمين كل سنة شيئاً معلوماً على أن لا تجري عليهم أحكام الإسلام في بلادهم لم يفعل ذلك إلا أن يكون خيراً للمسلمين؛ لأن الذمي من يلتزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات فإذا لم يلتزموا ذلك بقي لهم حكم أهل الحرب وصار هذا وطلب الأمان بغير شيء سواء، وقد بينا أن ذلك لا يجوز إلا إذا كان خيراً للمسلمين فهنا كذلك قال: فإن كان ذلك خيراً للمسلمين ووقع الصلح على أن يؤدوا إليهم كل سنة مائة رأس فهذا على وجهين:

إما إن صالحوا على مائة رأس بغير أعيانهم فإن كانت المائة المشروطة من أرقائهم جاز؛ لأن أرقاءَهُمْ بعد الصلح والأمان بقوا محل التمليك أو بأعيانهم فإن كان الصلح على مائة رأس بغير أعيانهم فإن كانت المائة المشروطة من أنفسهم وأولادهم لم يجز ذلك لأنهم [٥٦ب/ ٢] وأولادهم دخلوا تحت الموادعة والأمان، فلم تبق لهم محلية التمليك والتمليك لتأكد حريتهم بالأمان وإن كانت المائة المشروطة من أرقائهم جاز؛ لأن أرقاءهم بعد الصلح والأمان بقوا محل التمليك والتمليك.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) انظر القرطبي في تفسيره، الجزء ١٤، تفسير الآية ٩ من سورة الأحزاب.

وإن كانت على مائة رأس بأعيانهم من أنفسهم وأولادهم بأن قالوا أوّل السنة آمنوا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم لثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم مائة رأس من رقيقنا كل سنة، فهو جائز؛ لأن المقاتلين في السنة الأولى لم يتناولهم الصلح باعتباره يثبت الأمان فإذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم إياهم عوضاً للمسلمين واستثناء المقاتلين صحيح . . . .[١] مماليك المسلمين بخلاف الوجه الأول فإن استثناء المجهول باطل.

وهذه المسألة تدل على أن الحربي إذ قهر حربياً آخر فباعه يجوز، ألا ترى أن المقاتلين ههنا صاروا بدل الصلح بالقهر وقد مرّ هذا الفصل من قبل وإذا ثبت أن المائة بأعيانهم صاروا عوضاً في السنة الأولى صاروا مماليك للمسلمين، ثم شرطوا في السنين المستقبلة مئة رأس من رقيقهم كل سنة ورقيقهم قابل للتملك والتمليك فصح الصلح.

أكثر ما في الباب أن الحيوان يثبت ديناً في الذمة إلا أنه إنما يثبت بدلاً عما ليس بمال فإن الأمان الثابت بالموادعة ليس بمال والحيوان يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما ليس بمال.

قال: وأما المرتدون إذا قالوا وادعونا على أن ننظر في أمورنا فلا بأس بأن نوادعهم؛ لأن فيه رجاء إسلامهم ولكن لا يؤخذ منهم المال لأنه يشبه الجزية، ولا يجوز أخذ الجزية من المرتد، ولكن ما أخذ منهم لا يرد عليهم فإن فيه تقويتهم، قالوا: وهذا إذا غلبوا على مدينة وصارت دار حرب، فأما إذا لم يكن كذلك يقتلون أو يسلمون، وسيأتي ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولو أن رجلاً من المسلمين وادع أهل الحرب جميعاً سنة على ألف دينار يؤدونها إليه بغير أمر الإمام جازت موادعته؛ لأنه لو وادعهم بغير مال جاز فمع المال أولى، فإن لم يعلم الإمام بذلك حتى مضت السنة أمضى موادعتهم وأخذ ألف دينار وكان فيئاً لجماعة أهل العسكر؛ لأن منفعة المسلمين متعينة في إمضاء الموادعة بعد مضي المدة، فهو بمنزلة العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل وهناك ينفذ العقد؛ لأن منفعة المولى متعينة في نفاذه ويكون المأخوذ فيئاً لجماعة المسلمين؛ لأن هذا مال أخذ بقوة المسلمين فإن خوف أهل الحرب من جماعة المسلمين لا من واحد منهم. وإن علم بموادعته قبل مضي السنة فالإمام فيه بالخيار لأن فيه منفعة للمسلمين من وجه ومضرة عليهم من وجه، إذا كانت مدة الأمان كثيرة طويلة فيتروى الأمير في ذلك رأيه فيفعل ما هو نفع للمسلمين على ما بينا، فإن مضى من السنة بعضها ونبذ إليهم فالقياس أن يكون للأمير من المال بحساب ما مضى من السنة ويرد بحساب ما بقي من السنة، ولكنه استحسن وقال: يرد إليهم جميع المال متى نبذ إليهم قبل مضي السنة ولا يحبس شيئاً من المال بحساب ما مضى من السنة.

---

(١) بياض بالأصل.

وجه القياس في ذلك ظاهر وهو أن كلمة على في المبادلات وحرف الباء سواء كما في البيع والإجارة.

إذا أجر داره سنة على ألف درهم، ثم انقضت الإجارة في بعض السنة كان لصاحب الدار من الأجر بحساب ما مضى من السنة ويرد من الأجر بحساب ما بقي من السنة كما لو كان قال: أجرت منك هذه الدار سنة بألف درهم، وكذلك في باب البيع إذا قال: بعت منك هذين العبدين على ألف درهم، ثم استحق أحدهما أو هلك قبل القبض سقط من الثمن بحساب ما استحق وهلك، وبقي بقدر ما بقي، كما لو قال: بعت منك هذين العبدين بألف درهم وهذه مبادلة فيجب أن تكون كلمة على في هذا وحرف الباء سواء، ولو كان مكان على باء، فإن قال الرجل المسلم: وادعتكم سنة بألف دينار، ثم نبذ الإمام إليهم بعدما مضت من السنة بعضها وبقي البعض كان للأمير من المال بحساب ما مضت من السنة ورد بحساب ما بقي؛ لأنه سلم لأهل الحصن بعض المعقود عليه ولم يسلم لهم البعض، فيسلم للأمير من البدل بقدر ذلك أيضاً؛ لأن إجراء المبدل يتودع على إجراء البدل فكذلك هذا.

وجه الاستحسان: أن هذا هكذا في المبادلات التي لا يجوز تعليق المبدل فيها بالشرط كما في البيع والإجارة، فكلمة على في هذه المبادلات وحرف الباء سواء، أما في المبادلات التي يجوز تعليق المبدل فيها بالشرط فكلمة على ليست نظير حرف الباء، وهذا لأن كلمة على حقيقة للشرط لغة. يقول الرجل لغيره: أكرمك على أن تكرمني، معناه بشرط أن تكرمني، زرتك على أن تزورني معناه بشرط أن تزورني، بعت على أني بالخيار ثلاثة أيام، معناه بشرط الخيار ثلاثة أيام إلا أن في البيع والإجارة يقدر العمل بحقيقة كلمة على؛ لأنه لم يجز تعليق المبدل في هذه العقود بالشرط فلا يجوز تعليق بدله أيضاً، وهو الثمن والأجر فتقام كلمة على مقام الباء مجازاً، حتى يجوز العقد؛ لأن حروف الصلات مما يتعاقب بعضها بعضاً، فأما في العقود التي يجوز تعليق المبدل بالشرط كالطلاق والعتاق أمكن بحقيقة كلمة على وهي الشرطية؛ لأنه لما جاز [٥٧أ/ ٢] تعليق مبدله جاز تعليق بدله أيضاً تبعاً له فيعمل بحقيقة كلمة على وهي الشرطية؛ لأنه لما جاز تعليق مبدله جاز تعليق بدله أيضاً؛ لأن العمل بحقيقة الكلام واجب ما أمكن في المبادلات التي يجوز تعليق المبدل فيه بالشرط، فيجوز تعليق بدله أيضاً وهو المال تبعاً له، فيمكن العمل فيه بحقيقة كلمة على وهو الشرطية فيعمل بها.

قلنا: وإذا عملنا بالشرطية في باب الأمان فتقريبه أن أهل الحصن علقوا وجوب الدنانير بشرط الأمان سنة كاملة ولم يسلم لهم الأمان سنة كاملة إنما يسلم لهم الأمان في بعض السنة، والمعلق بالشرط لا يترك شيء منه لوجود بعض الشرط؛ لأن جزء المشروط لا ينقسم على أجزاء الشرط فلا يجب عليهم شيء من المال، ألا ترى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار وهذه الدار فأنت طالق ثلاثاً فدخلت إحدى الدارين دون الأخرى فإنه لا ينزل شيء من الطلاق؛ لأن الشرط لم يوجد بكماله فكذلك هذا.

ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: إن الرجل إذا قالت له امرأته: طلقني ثلاثاً على ألف درهم فطلقها واحدة فإنه لا يستوجب الزوج على المرأة ثلث الألف؛ لأن المرأة علقت الوجوب للزوج بشرط أن يسلم لها ثلاث تطليقات، ولم يسلم لها ثلاث تطليقات إنما سلم لها تطليقة واحدة فلم يسلم للزوج شيء من المال فكذا هذا.

وإن كانوا وادعوه ثلاث سنين كل سنة بألف درهم فمضت وقد قبض المال كله للسنين الثلاث فرأى الإمام أن ينقض الموادعة فإنه ينقضها ويأخذ الثلث للسنة الماضية ويرد ثلثي الدنانير للسنتين الباقيتين لأنه ذكر بحرف الباء وإنه يصحب الإبدال فقد جعل بدل كل سنة ألف دينار، فإذا مضت سنة يسلم له ألف دينار، ويرد ألفي درهم حصة السنتين الباقيتين.

ألا ترى أن من قالت له امرأته: طلقني ثلاثاً بألف درهم ثم طلقها واحدة استوجب ثلث الألف، بخلاف ما لو قال على في قول أبي حنيفة رحمه الله على ما بينا، فكذلك هذا وعبارة بعض المشايخ في هذه المسألة: إن هذا تبييناً لكل سنة مالاً معلوماً فيصير الأمان في كل سنة أماناً على حدة بمال على حدة، فلا يدخل بعضها في بعض كما قلنا في الإجارة، وكما قلنا في البيع إذا اشترى عبدين وسمىٰ لكل عبد ثمناً، صار كل مبيعاً على حدة بما سمى من الثمن وإن لم يسم لكل عبد ثمناً كانا مبيعاً واحداً واحد فكذلك ههنا، وهذا التعليل يقتضي التسوية بين كلمة على وبين حرف الباء.

وفي «نوادر بشر بن الوليد» عن أبي يوسف: لو أن الإمام وادع قوماً من أهل الحرب . . . . .[1] معلومة على أن يرد عليهم من أتاهم منهم مسلماً فلا ينبغي له أن يعطي الموادعة على هذا إذا كان بالمسلمين قوة عليهم، وإن كان يريد أن يتألفهم بذلك حتى يدخلوا في الإسلام أو في الذمة فلا بأس بأن يوادعهم حتى يستصلح أمرهم بالذي وصفنا والله أعلم.

فصل في أحكام أهل البغي والخوارج

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» في أهل البغي إذا كانوا في عسكرهم فقتل رجل منهم رجلاً، ثم ظهرنا عليهم فلا قصاص على القاتل: يجب أن يعلم أن أهل البغي قوم من المسلمين يخرجون على إمام العدل ويمتنعون من حكام أهل العدل والحُكْمُ فيهم: أنهم إذا تجبروا واجتمعوا حَلَّ لإمام أهل العدل أن يقاتلهم وعلى كل من يقدر على القتال أن يقوم بنصرة إمام أهل العدل، قال الله تعالى: ﴿فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ﴾ [الحجرات: ٩]، وقال علي رضي الله عنه: «أمرت بقتال المارقين والناكثين»، أي: الخارجين عن الدين والناقضين للعهد، وعن سفيان بن عيينة أو معاوية بن أبي سفيان أنه قال: «إن الله تعالى بعث نبينا بأربع سيوف وذكر من جملة ذلك سيف لقتال أهل البغي قام به علي رضي الله عنه» والمعنى في ذلك: أن أهل البغي قصدوا

---

(١) بياض بالأصل.

أذى المسلمين وإماطة الأذى من باب الدين، ولذلك خروجهم على إمام أهل العدل ينقضه ففي القيام بقتالهم نهي عن المنكر، وقد أمرنا بذلك ثم يحل لإمام العدل أن يقاتلهم وإن لم يبدؤوا بقتاله وهذا مذهبنا.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يحل له ذلك ما لم يبدؤوا بالقتال حقيقة، فوجه قوله في ذلك أن الباغي مسلم، وإنما يباح قتل المسلمين بطريق الدفع وبعد ما تجبروا واجتمعوا لم يوجد منهم القتال حقيقة إنما وجد من حيث المعنى، والاعتبار من حيث أنهم يرصدوا لقتالنا فباعتبار المعنى إن كان يحل قتالهم وباعتبار الحقيقة لا يحل فلا يحل بالشك.

وجه قول علمائنا رحمهم الله: أنه وجد منهم القتال معنى لما ترصدوا لقتالنا ووجود القتال معنى كافٍ لإباحة القتل، ألا ترى أنه يجوز قتال أهل الحرب وإن لم يوجد منهم القتال حقيقة لما وجد القتال معنى، وكما أن قتال أهل البغي بطريق دفع شر قتالهم فكذا قتال أهل الحرب لدفع شر قتالهم لا لأجل الكفر، ألا ترى أنه لم يجز قتل النساء منهم، والمعنى في ذلك: وهو أنا لو شرطنا البداية منهم من حيث الحقيقة ربما لا يمكننا الدفع فعلقنا الإباحة بوجود القتال منهم معنى كما في أهل الحرب وإذا ثبت [٥٧ب/ ٢] أنه يباح قتل الفئة الممتنعة وإن لم يوجد منهم القتال حقيقة لذلك يباح قتل المدبر إليهم؛ لأنه من جملتهم مقاتل معنى تارك للقتال حقيقة.

ولو هزمهم إمام أهل العدل فلا ينبغي لهم أن يتبعوا المنهزمين إذا لم يبق لهم فئة يرجعون إليهم؛ لأنهم تركوا القتال حقيقة ومعنى، والقتال مشروع لدفع قتالهم، فإذا اندفع حقيقة ومعنى زالت الإباحة.

وأما إذا بقي لهم فئة يرجعون إليهم كان لأهل العدل أن يتبعوا المنهزمين؛ لأنهم ما تركوا القتال معنى فيتبعون لهذا، ألا ترى أن المدبر من المشركين يتبع لبقاء الفئة لأهل الحرب.

ومن أسر منهم، فليس للإمام أن يقتله إذا كان يعلم أنه لو لم يقتله لم يلتحق إلى فئة ممتنعة، أما إذا كان يعلم أنه لو لم يقتله يلتحق إلى فئة ممتنعة يقتله؛ لأن في هذه الصورة ما اندفع قتاله معنى، وهو نظير الأسير المشترك إذا علم منه أنه لو استرق يعود إليهم فإنه يقتله كذا ههنا، ولا يجهز على جريحهم أي: لا يتم قتله إذا لم يبق لهم فئة، أما إذا بقي يجهز عليهم، ولا تسبى نساؤهم وذراريهم، ولا يتملك عليهم أموالهم.

والأصل فيه ما روي عن علي رضي الله عنه أنه لما جمع أموال أهل البغي يوم الجمل بعدما تفرق أصحابهم طلب أصحاب علي رضي الله عنه أن يقسم أموالهم كما تقسم أموال أهل الحرب، فقال علي رضي الله عنه: لو قسمت مالهم بينكم فمن يأخذ عائشة.

وروي عنه أيضاً: أنه ألقى ما أصاب في عسكر أهل نهروان في الرحبة، فمن عرف شيئاً أخذه.

وما أصاب أهل العدل في عسكر أهل البغي من كراع أو سلاح أو غير ذلك فإنه لا يرد عليهم في الحال؛ لأن في الرد عليهم في الحال تقويتهم على قتال أهل العدل، ونحن أمرنا بكسر شوكتهم دفعاً لشرهم، ولكن إن كان أهل العدل يحتاجون إلى سلاحهم وكراعهم في قتالهم ينتفعون بها، فقد صح عن علي رضي الله عنه: أنه قسم السلاح بين أصحابه بالبصرة، ونحن نعلم أنه لم يقسمها قسمة تمليك؛ لأن مالهم لا يتملك فكان قسمه انتفاعاً بها حالة الحاجة، والمعنى في ذلك: وهو أن الانتفاع بسلاح أهل العدل وكراعهم مباح وقت الحاجة فسلاح أهل البغي أولى.

وإن كانوا لا يحتاجون إلى كراعهم وسلاحهم، فالسلاح يوضع في موضع كسائر الأموال، والكراع يباع ويحبس ثمنه؛ لأنه يحتاج إلى النفقة ولا ينفق عليه الإمام من بيت المال لما فيه من الإحسان إلى صاحبه الباغي، ولو أنفق عليه ديناً على الباغي ربما تولى النفقة على قيمة الكراع، فيباع الكراع ويحفظ الثمن عليهم، فإذا وضعت الحرب أوزارها وزالت منعتهم يرد عليهم، وما أتلف أهل البغي من أموالنا ودمائنا حالة الحرب فإنهم لا يضمنون إذا ماتوا، أو زالت منعتهم، وكذلك ما أتلف المرتدون من أموالنا ودمائنا حالة الحرب، فإنهم لا يضمنون.

والأصل في ذلك ما روي عن الزهري رضي الله عنه أنه قال: وقعت الفتنة العظمى بين أصحاب رسول الله عليه السلام، وكلهم متوافرون أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو هدر، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو هدر، فقد اجتمعت الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على أنهم لا يضمنون ما أتلفوا من أموالنا ودمائنا والإمام . . . .[1] من أهل البغي على علي رضي الله عنه، ولم يُرْوَ عنه أنه قضى على واحد منهم بإيجاب ضمان ما أتلف بعدما تاب ورجع.

والمعنى في ذلك: هو أن هذا إتلاف حصل ممن لا يعتقد وجوب الضمان بسعيه في حال ما ليس لنا ولاية الإلزام والرد عليه فلا يؤاخذ به قياساً على أهل الحرب إذا أسلموا، فإنهم لا يضمنون ما أتلفوا من دمائنا وأموالنا والمعنى ما بينا فكذلك هذا.

وإنما قلنا: إنه إتلاف حصل ممن لا يعتقد وجوب الضمان . . . . .[1]؛ وذلك لأن الباغي يعتقد إباحة أموالنا ودمائنا مما عنده من التأويل، فإن كان تأويلهم فاسداً فلأنهم يعتقدون أنهم أهل العدل؛ لأن لهم منعة كما أن لأولئك منعة، وصار كالحربي يعتقد إباحة أموالنا ودمائنا بما عنده من التأويل وإن كان فاسداً.

وقولنا: في حال ما ليس لنا ولاية الإلزام والرد عليهم؛ لأن لهم منعة وقوة، وبسبب المنعة ليس لنا ولاية الرد والإلزام عليهم.

إذا ثبت هذا فنقول: الفاسد من السبب ألحق بالصحيح في حق الأحكام شرعاً إذا اتصل به قرينة كالبيع الفاسد والنكاح الفاسد، فكذلك التأويل ألغي عند اتصال قرينة به

---

(١) بياض بالأصل.

وهي المنعة حالة أن يكون ملحقاً بالتأويل الصحيح في أحكام الدنيا، ولو حصل هذا الإتلاف عن تأويل صحيح لم يجب الضمان، ولم يثبت الإثم، ولو حصل لا عن تأويل أصلاً وجب الضمان ووجب الإثم، فإذا كان فاسداً وجب الإثم ولم يجب الضمان كالسبب الفاسد من العقود ألحق بالبيع الجائز في حق وقوع الملك.

فأما في حق الحل والحرمة الذي يتعلق به الإثم لم يلحق به هذا، ولا يلزم إذا حصل الإتلاف من غير تأويل؛ لأن المسقط للضمان لم يوجد؛ لأن المسقط للضمان تأويل صحيح، ولم يوجد منهما، وليس كما إذا أتلفوا أموالنا في حال ما ....[1] لهم وذلك لأن التأويل الفاسد إن وجد إلا أنه [٥٨أ/ ٢] لا يتقوى بقرينة وهي المنعة والتأويل الفاسد إنما ألحق بالصحيح في حق أحكام الدنيا عند اتصال قرينة به وهي المنعة كما في أهل الحرب، فإذا لم توجد هذه القرينة لم يكن لها عبرة، وكان كالعقد الفاسد إذا لم يقترن به ما يقويه لا يفيد حكماً من الأحكام، فكذلك ههنا، وأما ما أتلفوا قبل القتال من أموالنا ودمائنا، إذا كان لهم منعة لا يضمنون؛ لأن المسقط للضمان قد وجد، وهو تأويل فاسد مع المنعة، فالإتلاف إذا كان لهم منعة قبل المقاتلة وفي حالة القتال سواء، ولكن ما كان قائماً يرد على أصحابه إذا تابوا، وإن اعتقدوا تملكها بتأويلهم الفاسد، وقد اتصل بهذا التأويل منعة؛ لأن بعد اتصال القبض ما دام المحل قائماً فإنه يجب رده، فكذلك التأويل الفاسد يجب رده ما أمكن، فأما إذا أتلفوا أو هلك في أيديهم فقد تعذر رد هذا التأويل لهلاك المحل، فيجب اعتباره، وكان بمنزلة ما لو هلك المبيع في البيع الفاسد بعد القبض لما تعذر رده لفوات محل الرد يجب اعتباره، ولذلك أهل العدل لا يضمنون ما أصابوا من دمائهم وأموالهم بسبب إسلامه؛ وذلك؛ لأن ما أتلفوا إنما أتلفوا دفعاً لقتالهم عن أنفسهم، والعادل إذا أتلف عادلاً آخر أو ماله دفعاً لقتاله عن نفسه فإنه لا يضمن، فإذا أتلف الباغي وماله دفعاً لقتاله أولى.

ولو استعان أهل البغي بقوم من أهل الذمة على حربهم، فقاتلوا معهم أهل العدل لا يكون ذلك نقضاً لعهدهم؛ لأنهم حاربوا المسلمين، وهذا يوجب النقض فقد أعانوا المسلمين، وهذا لا يوجب النقض، فلا ينتقض بالشك والاحتمال، وما أصاب أهل الذمة من قتل أو جراحة أو مال منا أو أصبنا منهم في ذلك بلا ضمان، كما في حق أهل البغي لأنهم قاتلوا لأجل أهل البغي فصاروا بمنزلتهم، وقد ذكرنا: أن ما أتلفنا على أهل البغي، وهم ما أتلفوا علينا لا ضمان لواحد من الفريقين على صاحبه، وكذلك هذا أو بعد الوقوف على هذه الجملة.

جئناً إلى أصل المسألة قال محمد رحمه الله: أهل البغي إذا كانوا في عسكرهم، فقتل رجل منهم رجلاً فلا قصاص على القاتل؛ لأن دار البغي تشبه دار الحرب من وجه، ودار الإسلام من وجه تشبه دار الحرب من حيث إن أحكام أهل العدل لا تجري في دارهم كما لا تجري في دار الحرب، وهم يحاربوننا كأهل الحرب، ودار الإسلام من

---

(١) بياض بالأصل.

وجه؛ لأنهم مسلمون، ولهذا لم يبيّن أمراء العدل إذا لحق العدل بدارهم وصار باغياً، ولو كان هذا دار حرب من كل وجه لا يجب القصاص، فإذا كان دار حرب من وجه لا يجب القصاص أيضاً؛ لأن القصاص مما يدرأ بالشبهة.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» أيضاً: في أهل البغي إذا غلبوا على أهل المصر، فقتل رجل من أهل البغي رجلاً من أهل المصر عمداً، ثم ظهرنا على ذلك المصر نقتص له منه.

ومعنى المسألة: أنهم غلبوا ولم يجرِ فيها حكمهم حتى أرجعهم إمام أهل العدل عن أهل المصر؛ لأنه إذا لم يجر فيها حكمهم لم تنقطع ولاية أهل العدل على أهل المصر.

فأما إذا جرى فيها حكم أهل البغي فقد انقطعت ولاية أهل العدل ومنعتهم، فلا يجب شيء بقتل الرجل من أهل المصر.

وإن ظهرنا على ذلك المصر، قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» أيضاً: في رجل من أهل العدل قتل باغيها والقاتل وارثه ورثه؛ لأنه قتل بحق، فلا يوجب حرمان الميراث؛ كما لو قتل مورثه في قصاص له عليه؛ وهذا لأن ميراث الحرمان جزاء قتل محظور بمنزلة الكفارة، فلا يتعلق بقتل مباح، وإن قتله الباغي فقال الباغي: كنت على الحق حين قتلت، وأنا الآن على حق وريبة، وإن قال: قتلته وأنا أعلم أني على باطل يوم قتلته لم أورثه منه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: لا أورث الباغي في الوجهين جميعاً، وهذا التفصيل على قولهما من خواص فوائد «الجامع الصغير» لم يذكره في «المبسوط».

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: إن قتل الباغي ومورثه العادل محظور، وهو قتل بغير حق، فيتعلق به حرمان الميراث، وتأويله لا يكون أكثر تأثيراً من عذر الخطأ، فإن تعذر الخطأ سقط الإثم عن الخاطىء، وتأويل الباغي لا يسقط الإثم عنه، فإذا كان القتل الخطأ يوجب حرمان الميراث لكونه محظوراً في نفسه فقتل الباغي مورثه العادل أولى.

وجه قولهما: إن هذا تأويل صحيح عند القاتل، وذلك التأويل أن أهل البغي يعتقدون أنهم أهل العدل؛ لأن لهم منعة كما أن لأولئك منعة، وهذا التأويل وإن كان باطلاً في نفسه إلا أنا قد ذكرنا أن التأويل الباطل إذا انضم إليه المنعة فهو كالتأويل الصحيح.

ألا ترى أن الصحابة أجمعت على إلحاق التأويل الباطل بالتأويل الصحيح عند انضمام المنعة بحديث الزهري على ما بينا، وكأنهم إنما فعلوا ذلك والله أعلم؛ لأنه لا فائدة في اعتباره فاسداً في نفسه؛ لأنه لا ولاية لإمام أهل العدل عليهم، ثم القتل الحاصل بالتأويل الصحيح لا يوجب حرمان الميراث، فذلك بالتأويل الباطل حال ....(1) بالمنعة بخلاف الخطأ؛ لأن هناك من الجائز أنه [٥٨ب/ ٢] كان عامداً قاصداً إلى استعجال الميراث، ولكن أظهر الخطأ من نفسه، ومثل ذلك غير موجود ههنا.

---

(١) بياض بالأصل.

ألا ترى أن هناك تلزمه الدية والكفارة بالقتل، ولا يجب على الباغي هنا دية ولا كفارة، ثم هذا التأويل عند قوله: كنت على الحق حين قتلت، وأنا الآن على الحق.

فأما إذا قال: كنت أعلم أني على باطل حين قتلته، فقد ظهر بإقراره أن قتله لم يكن على تأويل، وإنما كان على وجه القصد منه إلى استعجال الميراث، فيعاقب بالحرمان، وما أصاب أهل البغي من القتل والأموال عن أهل العدل قبل أن تصير لهم منعة فإنهم يؤاخذون بذلك؛ لأنهم أصابوه بتأويل فاسد، والتأويل الفاسد بدون المنعة لا عبرة له؛ كما أن المنعة بدون التأويل لا عبرة لها.

ألا ترى أن للصوص المحاربين منعة، ولكن لما لم يكن لهم تأويل أخذوا بضمان ما أتلفوا كذا ههنا.

ويصنع بقتلى أهل العدل ما يصنع بالشهيد، ولا يغسلون ويصلى عليهم هكذا فعله علي رضي الله عنه لمن قتل من أصحابه، وبه أوصى عمار بن ياسر وحجر بن عدي وزيد بن صوحان حين استشهدوا، ولا يصلى على أهل البغي ولا يغسلون أيضاً، ولكنهم يدفنون لإماطة الأذى هكذا روي عن علي رضي الله عنه: أنه لم يصل على قتلى نهروان؛ ولأن الصلاة على الموتى للدعاء لهم والاستغفار، قال الله تعالى: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ﴾ [التوبه: ١٠٣] وقد منعنا عن ذلك في أهل البغي؛ ولأن القيام لغسلهم والصلاة عليهم نوع موالاة معهم، والعادل ممنوع من الموالاة مع أهل البغي في حياة الباغي، فكذلك بعد وفاته، وكان الحسن بن زيادة رحمه الله يقول: هذا إن بقيت لهم فئة، وإن لم يبق لهم فئة فلا بأس للعادل أن يغسل قريبه من أهل البغي إذا قتل ويصلي عليه، وجعل ذلك بمنزلة قتل الأسير والتجهيز على الجريح؛ لأن في القيام بذلك مراعاة حق القرابة، ولا بأس بذلك إذا لم يبق لهم فئة.

قال محمد رحمه في «الجامع الصغير»: وكان أبو حنيفة رحمه الله يكره بيع السلاح من أهل الفتنة في عساكر الفتنة؛ لأن بيعه منهم وهو يعلم أنه من أهل الفتنة يستعمله في الفتنة إعانة على المعصية، ويكره للمسلم أن يعين غيره على المعصية لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائده: ٢]؛ ولأنه حق على الإمام أن يحول بينه وبين سلاحه أيام الفتنة خوفاً من الفتنة؛ فَلأَنْ يكره بيع السلاح منه وهو من أهل الفتنة أولى.

وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين بيع العصير ممن يتخذ خمراً حيث لم يكرهه؛ لأن المعصية هناك لم تقع بعين العصير؛ لأنه ما لم يتغير ويشتد ويقذف بالزبد لا يصير آلة للمعصية، فلم يكن بيع العصير إعانة على المعصية، فلهذا لم يكره، وهذا كما إذا باع الحديد من أهل الفتنة في أيام الفتنة لا يكره، وطريقه ما قلنا.

فأما في السلاح المعصية تقع بعين السلاح فيكون بيعه إعانة على المعصية فيكره، وهذا كبيع المعازف والملاهي يكره، وبيع الخشب التي تتخذ منها الملاهي والمعازف لا يكره، والفرق ما قلنا، وكذلك إذا باع الجارية المغنية ممن يعلم أنه يتخذها غرضاً للمعاصي، فإنه لا يكره؛ لأن عينها ليست بآلة للمعصة، ولا فيها أثر المعصية بل إن

أمرها به أجابته، وإلا فهي كغيرها من الجواري فلا يكون بيعها إعانة على المعصية، وكان كالثوب يبيعه من أهل الفتنة والطعام يبيعه من أهل الفتنة لا يكره، فأما عين السلاح مُعَدٌّ للمعصية، فالبائع بالبيع معين له على المعصية فكره، قال: وكان لا يرى ببيعه بأساً بالكوفة من أهل الكوفة ممن لا يعرف من أهل الفتنة؛ لأن المشتري إذا لم يكن من أهل الفتنة، فالبائع ببيعه لم يصر معيناً له على المعصية، فلا يكره له ذلك والله أعلم.

في الحربي يدخل دارنا بأمان ويصير ذمة

قال محمد رحمه الله في حربي دخل دارنا بأمان، فنقدم إليه الأمان أن يخرج أو يكون ذمياً، فمكث بعد ذلك سنة فهو ذمي، وعليه الخراج.

الأصل في هذا: أن المستأمن إذا أطال المكث في دار الإسلام يتقدم إليه الإمام في الخروج ولا يمكنه من إطالة المكث في دار الإسلام بغير جزية؛ لأنه إذا أطال المكث في دار الإسلام وقف على عورات المسلمين، فلا يؤمن أن يدل عليها أهل الحرب، فيتضرر المسلمون من غير نفع يحتمل لهم؛ ولأنه يؤدي إلى الاستخفاف بالمسلمن من حيث إنه يكون متضرراً في دار الإسلام بالجزية؛ ولأنه يسكن دار المسلمين والسكنى في دار الغير لا تكون إلا بعوض.

فأما المدة اليسيرة لا يمنع منها لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَـٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦]؛ ولأن في منعهم عن الدخول إضرار بالمسلمين لا نقطاع السبيل، وليس في مقامهم مدة يسيرة إضرار بالمسلمين؛ لأن في المدة اليسيرة لا يقفون على عورات المسلمين، فمنع عن الإقامة الدائمة، ولم يمنع عن اليسيرة لهذا، ثم إذا تقدم إليه الإمام ينبغي أن يؤقت له في ذلك وقتاً ولا يرهقه على وجه يؤدي إلى الإضرار به؛ لأنه ناظر من الجانبين فكما يمنعه من إطالة المقام بغير خراج نظراً منه للمسلمين لم يرهقه في التوقيت نظراً منه للمستأمن.

ثم يقدم الإمام إليه وقّت لذلك وقتاً، فقال: إن خرجت إليّ وقت كذا وإلا كنت ذمة لنا، فلم يخرج إلى ذلك الوقت جعله ذمة؛ [٥٩أ/ ٢] لأن مقامه في دارنا بعد مضي ذلك الوقت رضاء بكونه ذمة، وإن لم يؤقت لذلك وقتاً فمكث بعد هذه المقالة أقل من سنة، ثم أردا أن يرجع يُمَكَّن من ذلك، ولا يجعله الإمام ذمة، فإن كان مكث بعد هذه المقالة سنة، ثم أراد أن يرجع، فالإمام لا يمكنه من ذلك ويجعله ذمة، وهو المراد من المسألة المذكورة في «الجامع الصغير»؛ لأن التقدم إليه يحتاج للخروج إلى مهلة لنهي أسبابه، والمدة القليلة لا تصلح لذلك، والكثيرة تصلح فقدرنا الكثيرة بالسنة؛ لأن الشرع وردنا بالتقدير بالسنة في كثير من المواضع، فإذا مضى سنة من وقت تقدم الإمام ولم يخرج فقد رضي بصيرورته ذمة فيجعله الإمام ذمة.

وقوله في «الكتاب»: وعليه الخراج معناه: إذا مضى حول آخر من وقت صيرورته ذمة إلا أن يكون شرط الإمام عليه أن يأخذها منه كما تم الوقت المسمى في الفصل فحينئذٍ يأخذ منه الجزية في الحال.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: حربي دخل دارنا بأمان واشترى أرض خراج ووضع عليه خراج الأرض صار ذمياً يوضع عليه الجزية، ولا يمكن من الرجوع إلى داره.

حكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمة الله عليه أنه كان يقول: لم يرد بقوله وضع عليه الخراج حقيقة الوضع؛ لأن الأراضي كانت خراجية في الأصل فلا يتصور فيها الوضع على ما هو حقيقة الوضع، وإنما معناه أعلم ونبّه عن الخراج، وغيره من المشايخ قالوا: معنى قوله وضع عليه خراج الأرض: ألزم خراج الأرض بمباشرة سببه وهو زراعة الأرض وتعطيل الأرض مع التمكن من الزراعة وهو الصحيح.

ثم اختلف المشايخ أنه لأي معنى يصير ذمياً بعضهم قالوا: إنما صار ذمياً باعتبار ما باشر من الصنع، وهو شراء الأرض الخراجية؛ لأنه دلالة الرضا بالتزام الخراج، ولكن هذا لا يصح، فإن هذا الحكم في الإرث والشراء سواء، والميراث يدخل في ملكه بغير صنعة شاء أو أبى.

وبعضهم قالوا: إن وجوب الخراج من علامات منوطي دارنا؛ وذلك لأن الخراج لا يجب على أهل الحرب، وإنما يجب على أهل دار الإسلام كما أن الجزية لا تجب على أهل الحرب في دارهم بكل واحد منهما من أمارات منوطي دارنا، ثم الرجل إذا وجب عليه الجزية صار في أهل دارنا، فكذلك إذا وجب عليه خراج الأرضين.

وبعضهم قالوا: إنما صار ذمياً؛ لأنه صار راضياً بالمقام في دارنا مدة طويلة وصار راضياً بلزوم حكم من أحكام الإسلام وهو الخراج.

بيانه: أنه إنما يصير ذمياً إذا وجب عليه الخراج بأن زرع الأرض أو تمكن من الزراعة، ولكن مع ذلك عطل الأرض، فقد رضي بالمقام في دارنا مدة طويلة، وصار راضياً بلزوم حكم من أحكام الإسلام وهو الخراج، والمستأمن إذا صار راضياً بالمقام في دارنا مدة طويلة، أو التزم حكماً من أحكام الإسلام يصير ذمياً.

ودلت المسألة: على أنه لا يصير ذمياً بنفس شراء الأرض، وهو الصحيح؛ وهذا لأن الشراء قد يكون للاستغلال، وقد يكون للتجارة، والاستغلال لا بد له من زمان طويل أما التجارة تستغني عن زمان طويل، فلا يصير بنفس الشراء راضياً بالمقام في دارنا مدة طويلة وبدونه لا يصير ذمياً، فأما إذا وجب عليه الخراج بأن زرع الأرض، أو عطل الأرض مع التمكن فقد رضي بالمقام في دارنا مدة طويلة فيصير ذمياً.

ثم إذا اشترى أرض خراج إما أن يشتريها في أول السنة، أو آخرها نعني بهذه السنة السنة المعروفة أولها المحرم، فإن كان اشتراها في آخرها نظر، فإن كان بقي من السنة مقدار ما يمكن أن يزرع فيها زرعاً ويدرك الزرع قبل انقضاء السنة، فإنه إذا كان كذلك لزمه الخراج بانقضاء السنة سواء زرع أو لم يزرع، وإن لم يكن بقي ذلك المقدار لم يلزمه الخراج ولم يصر ذمياً.

وأما إذا اشترى أرض خراج في أول السنة نظر، فإن باعها إن بقيت الأرض في يده حتى مضت السنة لا شك أنه يلزمه الخراج ويصير ذمياً، وإن باعها وقد بقي من السنة

مقدار ما كان يمكن أن يزرع فيه فيدرك الزرع لم يجب عليه الخراج ولم يصر ذمياً، وإنما يعتبر آخر السنة؛ لأن الخراج يجب في آخر السنة.

فإن قيل: لم لا يعتبر في ذلك السنة كلها من أولها إلى آخرها؟ قلنا: لأن الأرض لا تكون مزروعة في جميع السنة، فلا بد من اعتبار بعضها، فاعتبرنا ما بقي من السنة على ما بينا.

قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: ولو كان المستأمن اشترى أرضاً عشرية فقد صارت خراجية في قول أبي حنيفة رحمة الله عليه، وفي قول محمد: هي عشرية على حالها فإذا زرعها أو تمكن من زراعتها كان ذمياً في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لزمه الخراج في الوجهين، وفي قول محمد رحمه الله: إن زرعها كان ذمياً؛ لأن العشر مؤنة للأرض النامية كالخراج، ولكن لا يجب إلا بحصول الخارج حقيقة، وما لم يلزمه ما يجب في الأراضي في دار الإسلام لا يصير ذمياً، ولو أخرها ففي قول محمد رحمه الله العشر في الخراج على المستأجر، فلا يصير صاحب الأرض ذمياً، وإن كان المستأجر حربياً فالمستأجر عنده يصير ذمياً؛ لأنه قد لزمه عشرنا.

ثم فرق محمد رحمه الله بين العشر التي يجب على [٥٩ب/ ٢] المستأمن في الخارج من أرضه، وبين العشر الذي يأخذه العاشر من الحربي المستأمن فقال باعتبار ذلك العشر لا يصير ذمياً؛ لأن ذلك يختلف باختلاف حال من يمر بالمال عليه حتى يأخذ من المسلم ربع العشر، ومن الذمي نصف العشر، ومن الحربي العشر، فيستدل بهذا الاختلاف على أنه لا يصير ذمياً، وعشر الأرض لا يختلف باختلاف حال المالك.

يوضحه: أن ذلك العشر مأخوذ من الحربي بطريق المحاذاة، ولهذا لو لم يأخذوا من تجارنا شيئاً لا نأخذ من تجارهم شيئاً، وهذا العشر مأخوذ بطريق مؤنة الأرض النامية في دار الإسلام، فكان كالخراج.

ولو استأجر المستأمن أرض عشر من مسلم، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يصير؛ لأن عنده على رب الأرض، ولو كان استعار الأرض فالعشر الخارج عندهم جميعاً، فيصير المستعير ذمياً؛ لأن صاحب الأرض إن كان حربياً مستأمناً.....[1]

وذكر في «السير الكبير»: وإذا استأجر المستأمن أرض خراج، وأقام حتى زرعها وأخذ منه الخراج يصير ذمياً، وهذا غلط بيّن، فإن الخراج لا يجب على المستأجر، إنما يجب على الآجر إلا أن يكون مراده خراج المقاسمة، وذلك جزء من الخارج بمنزلة العشر، فيكون على العشر المستأجر عند محمد رحمه الله كالعشر، فيستقيم الجواب على قول محمد رحمه الله، فأما خراج الوظيفة دراهم في ذمة الآجر تجب باعتبار تمكنه من الانتفاع بالأرض، فلا يستقيم هذا الجواب على قول الكل.

قال محمد رحمة الله عليه في «الجامع الصغير»: حربية دخلت دار الإسلام بأمان،

---

(١) بياض بالأصل.

فزوجت نفسها ذمياً أو مسلماً تصير ذمية، والمراد من المسألة الحربية من أهل الكتاب والحربي إذا دخل دار الإسلام بأمان وتزوج بذمية لا يصير ذمياً.

والفرق: وهو أن المرأة تابعة للرجل في السكنى، ألا ترى أنه يسكنها حيث شاء، وألا ترى أنها لا تملك إلا بإذنه، وألا ترى أنها تصير ذمية، فأما الرجل ليس بتبع للمرأة في السكنى؛ بدليل عكس ما ذكرنا من الأحكام، فلا يصير ذمياً.

وعلى هذا لو دخل رجل مع امرأته بأمان ثم صار الزوج ذمياً، فليس لها أن ترجع إلى دار الحرب، وكذلك لو أسلم وهي من أهل الكتاب؛ لأن النكاح بينهما مستقر بعد إسلامه؛ بخلاف ما إذا أسلم وهي مجوسية، فالنكاح هناك غير مستقر بينهما، وإذا فرق بينهما بعد عرض الإسلام عليها، أو بعد مضي ثلاث حيض كان لها أن ترجع إلى دار الحرب.

وعلى هذا لو تزوج مستأمن من مستأمنة في دارنا ثم صار الرجل ذمياً كانت ذمية مثله لما قلنا، وكذلك لو دخل الزوجان إلينا بأمان؛ لأن النكاح بينهما قائم لانعدام تباين الدارين.

فإن كانت المرأة هي التي أسلمت في جميع هذه الفصول فللزوج أن يرجع إلى دار الحرب، إلا أنها إن طالبته بالصداق فإن كان تزوجها في دار الإسلام فلها أن تمنعه من الرجوع حتى يوفيها مهرها، وإن كان تزوجها في دار الحرب فليس لها ذلك، وهذا بناء على أصل معروف تقدم ذكره من أن المستأمن لا يطالب بموجب المعاملة التي وجدت منه في دار الحرب، وهو مطالب بموجب المعاملة الموجودة منه في دار الإسلام، ووجوب الصداق بعقد النكاح، فإذا كان أصل العقد في دار الحرب فليس لها أن تطالبه بموجبه في دار الإسلام؛ لأنه مستأمن على حاله، وإذا كان أصل العقد في دار الإسلام كان لها أن تطالبه بموجبه وتحبسه لأجله.

ولو أسلم الزوج وهي كتابية، ثم أنكرت أصل النكاح بينهما، فأقام بينة من المسلمين أو من أهل الذمة على أصل أو على إقرارها في دار الحرب لم يلتفت القاضي إلى هذه البينة؛ لأنها مستأمنة في الظاهر وليست بذمية؛ لأنها إنما تصير ذمية بالنكاح، والنكاح غير ثابت؛ لأنها منكرة للنكاح والقول قول المنكر، فهذه بينة لقوم على المستأمنة بمعاملة كان منها في دار الحرب، والقاضي لا يقبل البينة في ذلك عليها.

فإن قيل: الشهود يشهدون على أنها قد صارت ذمية لكونها تحت مسلم أو ذمي فينبغي أن يقبل القاضي البينة لإثبات هذا الحكم.

قلنا: هذا الحكم إنما يثبت ضمناً لثبوت الحكم المشهود به، وهذه البينة ليست بحجة للقضاء بما هو الأصل، وما يثبت ضمناً للشيء فثبوته بثبوت الأصل.

وهو نظير المشتري للجارية إذا ادعى على البائع أنها منكوحة فلان الغائب، وأراد إقامة البينة ليقضي القاضي بالرد بالعيب لم يسمع القاضي منه هذه البينة قبل حضور الزوج لهذا المعنى، وإن أقام الزوج عليها البينة أنها أقرت بالنكاح في دار الإسلام قبل القاضي

بينته، ومنعها من الرجوع إلى دار الحرب بمنزلة ما لو أقرت به بين يدي القاضي؛ لأنهم يشهدون بإقرار كان منها في دار الإسلام.

فإن قيل: كان ينبغي أن لا تقبل هذه البينة أيضاً؛ لأن السبب الملزم العهد لا الإقرار، والعقد كان في دار الحرب، وهو بمنزلة ما لو ادعى مسلم عليها ديناً بسبب معاملة كانت في دار الحرب، وأقام البينة على أنها أقرت في دار الإسلام بالمعاملة التي كانت بينهما في دار الحرب، فإن القاضي لا يقبل البينة.

قلنا: الفرق بينهما ظاهر، فإن النكاح مستدام بين الزوجين ومن الأحكام ما يتعلق باستدامته كالنفقة، فإنها تجب شيئاً فشيئاً، فإقرارها به في دار الإسلام يجعل بمنزلة ابتداء المعاملة في بعض الأحكام بخلاف [٦٠أ/ ٢] المدانية إذا ثبتت.

لو تزوجت بزوج آخر في دار الإسلام، فأقام الزوج الأول البينة على إقرارها بالنكاح له في دار الإسلام قبل أن تتزوج بالزوج الثاني، لم يكن للقاضي أن يفرق بينها وبين الثاني؛ أرأيت لو كانت المرأة هي التي خاصمت في النفقة، أو زعمت أنه طلقها ثلاثاً، وأقامت البينة عليه بذلك أما كان القاضي أن يقبل منها هذه البينة؟ هذا كله لابد من القول به للفقه الذي بيَّنا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذه المسائل على هذا الوجه في «السير الكبير».

وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله في شرح «السير الكبير» أيضاً: ما إذا دخل الحربيان أيضاً بأمان فأسلم الزوج والمرأة كتابية وأنكرت أن تكون امرأته فأقام عليها شاهدين مسلمين أو ذميين أنه تزوجها في دار الحرب، وذكر أنه يقبل الشهادة وتجعل ذميّة معه على عكس ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وذكر لذلك وجهاً فقال: لأن المرأة ممتنعة منه في دار الإسلام، فإذا كانت الممانعة موجودة، فإذا قبلت الشهادة ظهر النكاح بينهما الساعة، ولا يجعل كأن الشهادة فقبلها . . . . .[1] على نكاح في دار الحرب لظهور الممانعة بينهما في الحال فقبلت الشهادة.

وإن أقام عليها بينة من أهل الحرب لم تقبل شهادتهما؛ لأنا لو قبلناها أبطلناها من حيث قبلناها؛ وذلك لأن الشاهدينن يقولان: هذه زوجته، وقد صارت ذمية بزعمهما قبل ذلك، فلو قبلنا شهادتهما قبلناها على ذِمَّتِهِ، وشهادة أهل الحرب على أهل الذمة غير مقبولة، فلما كان قبولها يؤدي إلى إبطالها أبطلناها ابتداءً.

وأما إذا شهد المسلمان أنها أقرت في دار الإسلام أنه تزوجها في دار الحرب قبل ذلك، وكذلك الذميان إذا شهدا بذلك، والفرق بين إقرارهما بالنكاح في دار الإسلام، وبين إقرارهما في دار الإسلام بالدين الذي كان عليها في دار الحرب، فإنها لا توجد؛ لأنها لما منعت نفسها من زوجها في دار الإسلام كان ذلك منها ابتداء غصب في هذه الدار، ولو أنها ابتدأت الغصب في دار الإسلام منعت من ذلك.

---

(١) بياض بالأصل.

وأما الدين: فإن أخذها كان في دار الحرب ولم يحدث منها بعد الخروج إلى دار الإسلام؛ لأنه كان ممنوعاً قبل ولا يجوز لنا أن نقضي بشيء كان في تلك الدار.

قال بعض مشايخنا الفقيه أبو جعفر هذا رحمه الله: وقول محمد رحمه الله. إنه لا تقبل البينة على إقرار المرأة بذلك في أرض الحرب يريد به إن دخل الزوج بأمان ولم يصر ذمياً و لا مسلماً، فلم يقبل إقرار المرأة بذلك؛ لأن النكاح إنما ظهر في تلك الدار، وكان لهما أن يرجعا إلى دار الحرب ولم يكن لهما ليجري عليهما أحكاماً، فلذلك لم يأخذوها بإقرارهما.

وفي «المنتقى»: لو أن جنداً من أهل الشرك أو قوماً من أهل حصن استأمنوا المسلمين، وهم في معمعة القتال فأمنوهم، وصاروا في أيدي المسلمين، فأرادوا أن ينصرفوا إلى مأمنهم في دار الحرب منعوا عنه ويصيروا ذمة .....[1]

في دعوى النساء بالنكاح والنسب

ما يجب اعتباره في هذا الفصل شيئان:

أحدهما: أن يصادق المسبي والمسبية على النكاح مصيراً إذا لم يتضمن إضراراً بالمسلمين بإبطال الملك عليهم أما إذا تضمن إضراراً بهم فلا، وكان ينبغي أن لا يعتبر تصادقهما على النكاح أصلاً، وبه قال بعض العلماء؛ لأن السبي حاله متردد بين الرق بأن يقسمهم الإمام بين الغانمين وبين الحرية بأن يمن عليهم، فكانوا بمنزلة المكاتبين في هذه الحالة، والمكاتب مع المكاتبة إذا تصادقا على النكاح لا يعتبر تصادقهما؛ لأنهما لا يملكان إنشاء النكاح بينهما في هذا التصادق، فمن أصحابنا من قال: هذا حكم ثبت بقضية عمر رضي الله عنه، فإنه فتح سواد الكوفة وقررهم على أنكحتهم، ولم يسألهم البينة على ذلك، ولكن هذا لا يستقيم؛ لأن عمر رضي الله عنه منَّ على سواد الكوفة، وفي هذه المسألة لو منّ الإمام عليهم يعتبر تصادقهما على النكاح أيضاً؛ لأن بالمن تتقرر الحرية الأصلية، والحر والحرة إذا تصادقا على النكاح يعتبر تصادقهما؛ لأنهما يملكان إنشاء النكاح، فلا يتهمان في الإقرار، ولا كلام فيه إنما الكلام قبل المن، وقبل المن المسبي بمنزلة المكاتب لا يملك إنشاء النكاح يتهم في الإقرار.

ولكن الوجه الصحيح في هذا: أن يقال: بأن لأنكحتهم حكم الصحة في دار الحرب حتى قال عليه السلام: «ولدت من نكاح»[2] وبسبيهما لم يبطل النكاح على ما عرف في موضعه لا بد وأن يكون لإظهار ذلك طريقاً وذلك إما التصادق أو الشهادة، وتعذر اشتراط الشهادة؛ لأنا لو شرطنا الشهادة كانت الشهادة من أهل الحرب؛ لأن المسلمين لا يحضرون أنكحتهم في دار الحرب، وشهادة أهل الحرب ليست بحجة ههنا

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٧٣، وابن كثير في البداية والنهاية ٢/ ٢٦٣، والألباني في إرواء الغليل ٦/ ٣٢٩.

لقيامها على المسلمين، فلو لم يقبل قولهم في ذلك أدى إلى أمر قبيح.

ألا ترى أن من أصحاب رسول الله عليه السلام من سبي مع زوجته ولم يعرف ذلك إلا بقولهم، وقررهم رسول الله عليه السلام على ذلك بمجرد قولهم، فصار ذلك أصلاً لنا في اعتبار تصادق المسبي والمسبية على النكاح، فيجب اعتباره إلا إذا تضمن إضراراً بالغير فحينئذٍ لا يعتبر؛ لأن مثله لا يعتبر من المسلم فمن الكافر أولى، وكما يجب اعتبار قولهم في النكاح يجب اعتبار قولهم في النسب [٦٠ب/٢]؛ لأن أنسابهم تثبت في دار الحرب حسب ثبوت أنسابنا في دار الإسلام، وبالسبي لا تبطل أنسابهم على ما عرف، لا بد وأن يكون لإظهار ذلك طريقاً، وليس ذلك إلا الرجوع إلى قولهم على ما مر في النكاح فيجب اعتبار قولهم على ما مر.

والثاني: أن الولد الصغير يعتبر تبعاً للأبوين أو لأحدهما في الدين، فإن انعدما يعتبر تبعاً لصاحب اليد، فإن عدمت اليد يعتبر تبعاً للدار؛ لأنه تعذر اعتباره أصلاً في الدين، فلا بد من اعتباره تبعاً نظراً له غير أن علة التبعية في حق الأبوين أقوى، فيعتبر أولاً تبعاً لهما ولأحدهما، وعند انعدامهما علة التبعية في حق صاحب اليد أقوى، وقد عرف دلائل ذلك.

في «المبسوط» قال محمد رحمه الله: وإذا سبى المسلمون أهل حصن أو أهل مدينة من أهل الحرب فلم يحرز بالدار حتى قال رجل منهم لامرأة منهم: هذه امرأتي، وصدقته في ذلك أو قالت امرأة منهم: هذا زوجي، وصدقها في ذلك ولم نعلم ذلك إلا بقولهما، فإنهما يصدقان على ذلك، وكانت امرأة له لما ذكرنا أن تصادق المسبي والمسبية على النكاح معتبر إذا لم يتضمن إضراراً بالمسلمين بإبطال الملك عليهم، ولم يتضمن ذلك هنا؛ لأن قبل الإحراز لم يثبت الملك للغانمين في الغنيمة أصلاً على ما عرف في موضعه، فجاز أن يعتبر تصادقهما؛ ولأن أسوأ حال المسبي والمسبية أن يعتبرا رقيقين إلا أن الرقيق من أهل النكاح والإقرار به حقيقة، وإنما لم يصح إقرار الرقيق بالنكاح شرعاً لما فيه من الإضرار بالمولى، أما من جهة الأمة بسبب تحريم الفرج على المولى، وأما من جهة العبد بسبب شغل رقبته وماليته بالمهر، وإنه عيب وهذا المعنى لا يوجد ههنا؛ لأن الغنائم لا تملك قبل الإحراز بدار الإسلام أصلاً، فلا يتحقق ضرر تحريم الفرج ولا ضرر التعييب بسبب شغل الرقبة والمالية.

وكذلك الجواب فيما إذا تصادقا على النكاح بعد الإحراز قبل القسمة يعتبر تصادقهما، وكانت امرأة له؛ لأن بمجرد الإحراز لا يثبت الملك للغانمين في الغنيمة.

ألا ترى أن للإمام ولاية قتل الرجال بعد الإحراز قبل القسمة، ألا ترى أن للإمام أن يمنَّ عليهم في هذه الحالة بأن يبعثهم إلى مدينة أو قرية من دار الإسلام ليعمروها، ولو ثبت الملك للغانمين في الغنيمة لكانت هذه الأحكام على عكس هذا.

وإذا لم يثبت الملك للغانمين بمجرد الإحراز لا يتأتى ضرر إبطال الملك، ولا ضرر تحريم الفرج ولا ضرر التعييب بسبب شغل الرقبة والمالية، وإن تصادقا بعد الإحراز وبعد

القسمة لم يعتبر تصادقهما حتى يصدقهما من وقعا في نصيبه، وإنما كان هكذا؛ لأن بعد القسمة ثبت عليهما ملك المنفعة بملك الرقبة لمن وقعت في نصيبه، وفي هذا التصادق إبطال ملك المتعة عليه، وتحريم الفرج عليه، وكذلك مالية العبد ورقبته صارت خالصة لمن وقع العبد في نصيبه بالقسمة، وفي هذا التصادق شغل ماليته ورقبته بالمهر والنفقة، وإنه تعييب للمالية، فيكون إبطالاً للمالية من وجه فيتأتى ضرر إبطال الملك على المعنى الأول، وضرر التعييب وتحريم الفرج على المعنى الثاني؛ ولأن اعتبار تصادقهما إنما كان لأجل الضرورة، وقد ارتفعت الضرورة بتأخير التصادق إلى ما بعد القسمة، فلا يعتبر تصادقهما.

وكذلك إذا تصادقا على النكاح بعد القسمة في دار الحرب، أو بعد البيع في دار الحرب لم يعتبر تصادقهما؛ لأن قسمة الإمام الغنائم وبيعه إياها في دار الحرب صحيح فثبت الملك في الجارية والعبد للمشتري ولمن وقعا في سهمه بالقسمة فيتأتى ضرر إبطال الملك وضرر التعييب وتحريم الفرج؛ ولأنه لا ضرورة إلى اعتبار تصادقهما بعد القسمة وبعد البيع على ما مرّ.

قال: ولو أن الإمام لم يقسم الغنائم ولم يبعها حتى ادعى رجل من السبي غلاماً صغيراً ولا يعبر عن نفسه أنه ابنه، وكانت الدعوى في دار الحرب صحت الدعوى سواء كان الغلام في يدي هذا المدعي أو في يدي حربي آخر، أو في يدي مسلم؛ لما ذكرنا أن قول المسبي في باب النسب معتبر، إلا إذا تضمن إضراراً بالغير ولم يتضمن؛ إذ ليس فيه إبطال حق على حق، وفيه نفع للصغير؛ لأنه يتشرف بسبب النسب، فيعتبر قوله ويكون الولد كافراً، أما إذا كان في يد المدعي، أو في يد حربي آخر فظاهر؛ لأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه إنما يحكم له بالإسلام تبعاً للأبوين أو لأحدهما، أو تبعاً لصاحب اليد أو تبعاً للدار، ولم يوجد شيء من ذلك ههنا، فلا يكون مسلماً، وأما إذا كان في يد مسلم فكذلك؛ لأن الصغير إنما يعتبر مسلماً تبعاً لصاحب اليد إذا لم يكن مع أحد أبويه وهذا الصغير مع الأب، فإنه يثبت النسب من هذا المدعي ولأن يد المسلم غير متأكدة لأنعدام الاحراز بدار الإسلام إن كان الصبي في يد هذا المدعي أو في يد حربي آخر صحت دعوته لما ذكرنا، ويكون لو مات لا يصلىٰ عليه ولا يحكم بإسلامه تبعاً للدار لأنه إنه يحكم بإسلامه تبعاً للدار إذا لم يكن مع أحد أبويه، ولم يكن في يد كافر، وأما إذا كان في يد مسلم فالقياس: أن لا تصح دعوته، ويكون مسلماً لو مات يصلى عليه، وفي الاستحسان: يصح، ويثبت النسب منه، ولكن يكون مسلماً لو مات يصلى عليه.

وجه القياس في ذلك: أن يد المسلم تأكدت بالإحراز بدار الإسلام فحكم بإسلامه تبعاً له أو تبعاً للدار، ففي تصحيح دعوته تبديل دينه؛ لأنه لا عبرة لتبعية صاحب اليد والدار مع تبعية أحد [٦١أ/ ٢] الأبوين، وفيه إضرار بالصغير فلا تصح دعوته.

وجه الاستحسان في ذلك: أن إثبات النسب ينفع الصغير؛ لأن الولد يتشرف إذا كان له أب معروف، ويتعير إذا لم يكن له أب معروف، وتبديل الدين يضره فتصح دعوته

فيما ينفعه، ولا تصح دعوته فيما يضره فيثبت النسب منه، ويكون مسلماً يصلى عليه، وليس من ضرورة ثبات نسبه منه أن يكون كافراً.

ألا ترى أنه لو أسلمت أم الصغير يحكم بإسلامه تبعاً للأم، وهو ثابت النسب من الكافر كذا ههنا، قال مشايخنا: وهذا هو القياس والاستحسان الذي ذكرنا في كتاب اللقيط في ذمي ادعى نسب لقيط وجده مسلم في دار الإسلام، فإن كان الصغير يعبر عن نفسه ويعقل، إلا أنه لم يبلغ بعد؛ لا يثبت نسبه إلا بتصديقه، فإن صدق الذمي فيما ادعى ثبت نسبه منه، وكان كافراً على دينه سواء كان في يد المدعي أو في يد حربي آخر، أو في يد مسلم؛ لو مات لا يصلى عليه؛ لأنه هو بتصديقه إياه أقر أنه تابع له في الدين. وردة الصبي العاقل صحيحة استحساناً، فكذا إقراره أنه على دينه، وبهذا الفصل يستدل بعض أصحابنا أن الصحيح من المذهب: أن الصبي إنما يجعل تبعاً لأبويه في الدين، إذا كان لا يعقل ولا يعبر عن نفسه، أما إذا كان يعقل ويعبر عن نفسه فلا. ألا ترىٰ أنه لم يجعل مسلماً تبعاً للدار هنا لما كان يعقل ويعبر عن نفسه.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: إذا أخرج السبي إلى دار الإسلام، فلم يقسموا حتى ادعى رجل منهم صبياً أنه ابنه، وقد كانوا سبوا جميعاً جعلته ابنه، ولم أجعل على دينه ثم قال: رجع محمد عن هذا الحرف، وقال: أجعله على دين أبيه أيضاً، ودعوته في دار الإسلام قبل القسمة ودعوته في دار الحرب سواء قال: إلا أن يكون الصبي في يد مسلم فأجعله مسلماً، ولا يكون على دين الذي ادعاه.

وفي «المنتقى»: إذا ادعى مسلم أو ذمي صبياً من السبي في دار الحرب أنه ابنه جعلته ابنه وجعلته على دين المسلم وجعلته فيئاً، وإن كان ادعاه من امرأة حرة مسلمة أو أمة له قال: وقد يكون المسلم فيئاً، ألا ترى أن مسلماً لو تزوج امرأة منهم فسبيت وهي حبلى منه ثم وضعت فإن ولدها فيء معها وهو مسلم.

قال: ولو ادعت امرأة من السبي صبياً تحمله وهو لا يعبر عن نفسه أو يعبر، إلا أنه صدقها في ذلك لا تصح دعوتها، ولا يثبت نسبه منها بخلاف الرجل.

والفرق: أن الأب أصل في باب النسب والأم كالتابع له، فكان ثبوت النسب من الأم بناء على ثبوت النسب من الأب، يثبت أولاً من الأب ثم يثبت من الأم تبعاً لثبوته من الأب، والدليل على أن الأب أصلٌ قوله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

وقال الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أصاب الولد إلى الأب للأم التمليك، ولهذا اختص بالتفقه وقال القائل:

وإنما أمهات الناس أوعية

وإذا كان الأب أصلاً كان هو في الإقرار بالولد مقراً على نفسه، فيصح إقراره، وإذا كانت الأم تبعاً له كانت هي في الإقرار بالبنوة مقرة على الغير فلا يصح إقرارها، وقد صح عن عمر رضي الله عنه: أنه كان لا يورث الحميل إلا ببينة، واختلف العلماء في تفسير الحميل قال بعضهم: من يحمل النسب على الغير، فقيل بمعنى الفاعل، وهذه

تحمل النسب على الغير، وهو الزوج إن ظهر لها زوج فلا يصدق إلا ببينة، وبعضهم قالوا: الحميل من يحمل نسبه على الغير، فقيل بمعنى المفعول، وهذا الولد حمل نسبه على الغير، فلا يحكم به إلا ببينة، فإن مات هذا الصبي في دار الحرب لا يصلى عليه إلا إذا كان في يد مسلم بالبيع أو بالقسمة، فإن له حكم الإسلام تبعاً لصاحب اليد فيصلى عليه إذا مات.

وإن مات بعد الإحراز بدار الإسلام ولم يصف الكفر يصلى عليه، وإن كان في يدها؛ لأنا حكمنا بإسلامه تبعاً للدار ولا عبرة ليدها بدلالة بطول دعوتها فيه، ثم قال في «الكتاب»: ولم يصف الكفر، وهذا دليل على أن حكم التبعية في الدين إنما يثبت إذا لم يظهر منه خلافه.

وإذا أراد الإمام أن يفرق بينهما وبين هذا الصغير الذي ادعت نسبه بالقسمة، أو بالبيع كره استحساناً، ولا يكره قياساً.

وجه القياس: أن كراهة التفريق تترتب على ثبات النسب، ولم يثبت النسب ههنا بقولها، ألا ترى أنه لو لم يكن الصغير في يدها لا يكره التفريق، وإنما يكره لما قلنا.

وجه الاستحسان في ذلك: أن كراهة التفريق عرفت . . . .(١) من جملة ذلك حديث سبايا أوطاس، فإن رسول الله عليه السلام: رأى جارية والهة فسأل عن شأنها، فقيل: بيع ولدها فقال عليه السلام: «أدركوا ثلاث مرات لا توله والدة بولدها»(٢)، وثمة ما عرف كون الولد ولداً لها إلا بقولها، بخلاف ما إذا لم يكن الصبي في يدها؛ لأن كراهة التفريق إنما عرفت بالآثار، والآثار فيما إذا كان الصبي في يدها كان المعنى في ذلك، وهو أن الصبي إذا كان في يديها فالجمع ثابت بينهما حساً، فيجب اعتبار قولها في المنع من التفريق احتياطاً؛ لأن الإنسان إن لم يفرق وله ذلك خير من أن يفرق وليس له ذلك، فأما إذا لم يكن الصبي في يدها فالجمع غير ثابت بينهما [٦١ب/ ٢] أصلاً فلو اعتبرنا قولها اعتبر لإثبات الجمع، ولا يجوز اعتبار مجرد قولها لإثبات الجمع.

قال: ولو مات أحدهما بعدما عتقا يريد به الجارية المدعية، أو الصغير الذي ادعته لا يتوارثان هكذا ذكر في «الزيادات» وذكر في بعض روايات «كتاب الدعوى» فقال: لا يتوارثان إلا أن يكون لهما وارث معروف فصل الاختلاف بين الروايتين، ولكن ما ذكر هنا محمول على ما إذا كان لهما وارث معروف، وإنما توارثا إذا لم يكن لهما وارث معروف باعتبار أن كل واحد منهما أقر لصاحبه بالميراث والنسب، وليس في اعتبار إقرارهما في حق الميراث إبطال حق على أحد إذا لم يكن لهما وارث معروف فيعتبر، وليس من ضرورة صحة الإقرار بالميراث صحة الإقرار بالنسب.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٤، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٤٠٢٣، ٢٥٠٢٣، والزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٦٦.

ألا ترى أن من مات وترك ابنين فأقر أحدهما بأخ ثالث صح إقراره له بالميراث حتى يشاركه في نصيبه، ولم يصح إقراره له بالنسب كذا هنا، بخلاف ما إذا كان لهما وارث معروف؛ لأن في اعتبار إقرارهما في حق الميراث إبطال الحق على الوارث المعروف، وليس لهما هذه الولاية أما ههنا فبخلافه.

وقيل: في المسألة روايتان: على رواية «الزيادات»: لا يتوارثان وإن لم يكن لهما وارث معروف وعلى بعض روايات كتاب الدعوىٰ: يتوارثان إذا لم يكن لهما وارث معروف. وجه ما ذكر في بعض روايات «كتاب الدعوى»: ما ذكرنا، ووجه ما ذكر في «الزيادات»: أن الإقرار بالمال ههنا ما ثبت مقصوداً إنما ثبت في ضمن الإقرار بالنسب، فإذا لم يثبت المتضمن وهو النسب هنا كيف يثبت المتضمن وهو المال؟!.

وفي «المنتقى»: امرأة ادعت صبياً من السبي أنه ابنها، والصبي في يد امرأة أخرى فإني أدفعه إليها ولا أفرق بينهما، ولو لم تصدقها تلك المرأة التي الصبي في يديها لم تصدقها في هذا المدعية، قال: ألا ترى أن امرأة في دار الإسلام لو التقطت صبياً، فادعت امرأة أنها أمه وكذبته الملتقطة إني لا أدفعها إلى المدعية كذا ههنا.

ولو ادعت امرأة من السبي صبياً في يديها أنه ابنها من هذا الرجل، وهذا الرجل زوجها وصدقها الرجل في ذلك، فهما مصدقان، والرجل زوجها والغلام ابنهما، إذا كان قبل الإحراز بدار الإسلام أو بعد الإحراز قبل القسمة الرجل زوجها؛ لأنهما تصدقا على النكاح، وتصادقهما على النكاح قبل الإحراز وقبل القسمة معتبر، والغلام ابنهما . . . .[1] لأن قول المسبي في باب النسب معتبر على ما مر، فيثبت النسب بقول الزوج وأحل به على الفراش الطاهر، وذلك يقتضي ثبوت النسب منها ضرورة، أو نقول: قول المسبي في باب النسب معتبر، وكذلك قول المسبية هنا؛ لأنه لا يحل النسب على الغير هنا؛ لإقرار الزوج بذلك، وكذلك إذا لم يكن الصبي في يد واحد منهما، فتصادقا على ذلك فهما مصدقان، والرجل زوجها والغلام ابنهما لما قلنا، وكان الولد على دينهما ما كانوا في دار الحرب تبعاً لهما، وكذلك إذا كانوا في دار الإسلام، ولم يحكم بإسلامه تبعاً للدار لما ذكرنا أن تبعية الأبوين وصاحب اليد أقوى من تبعيّة الدار.

ولو تصادقا على ذلك بعد القسمة أو بعد البيع في دار الحرب، أو في دار الإسلام لا يصدقان على النكاح، ولا على النسب إلا بالتصديق، أما على النكاح؛ فلأن في إثبات النكاح في هذه الصورة إضراراً بالمشتري وبمن وقعا في سهمه على ما مر، وأما على النسب؛ فلأنه صار مملوكاً للمشتري، ولمن وقعا في سهمه، ودعوى الإنسان نسب مملوك الغير لا يصح إلا بتصديق المالك. بخلاف ما قبل القسمة والبيع؛ لأن هناك لم يثبت الملك فيه لواحد معين أما ههنا فبخلافه.

ولو أن مسلماً مقيماً في دار الحرب ادعى صبياً من السبي فقال: هذا ابني من هذه

(١) بياض بالأصل.

المرأة وهذه امرأتي وصدقته المرأة في ذلك والصبي لا يعبر عن نفسه أو يعبر وصدقهما في ذلك، وكان ذلك في دار الحرب قبل القسمة وقبل البيع، فإنه تصح دعوته، ويثبت النسب والنكاح؛ لأنه يثبت ذلك، فقول الحربي ودعوته في هذه الحالة فنقول: .....[1] المسلم أولى وكان الولد مسلماً تبعاً للأب، ثم ينظر في الولد، إن كان عليه سيما المسلمين وعلاماتهم فهو حر لا سبيل عليه؛ لأن السيما تفيد شهادة الظاهر، فيثبت كونه مسلماً حراً ظاهراً من الأصل، والظاهر يصلح حجة لدفع الرق، وإن لم يكن عليه سيما المسلمين وعلاماتهم كان قناً للغانمين، وكان ينبغي أن لا يصير قناً؛ لأنه إذا ثبت نسبه من المسلم استند إلى وقت العلوق فتبين أنه علق حراً مسلماً، فكيف يكون رقيقاً قناً، والجواب أن نقول بأن النسب إنما يثبت بدعواهما للحال، وحق الغانمين ثابت قبل ذلك، فإنه حربي، والحكم بكونه قناً للمسلمين قبل ذلك، فلا يبطل بقولهما، والاستناد يثبت في حقهما ولا يثبت فيما يرجع إلى إبطال حق الغانمين.

يوضحه: أن قول الإنسان إنما يعتبر فيما ينفع لا فيما يضر بالغير وثبوت النسب ينفعهما ولا يضر بالغير، فيعتبر تصادقهما فيه، أما إبطال حق الغانمين يضر بهم، فلا يعتبر تصادقهما [٦٢أ/ ٢] فيه.

قال محمد رحمه الله: ونظير هذا المكاتب إذا كان له أخ حُرٌّ مات الأخ الحر وترك ابن عم حراً كان الميراث لابن العم دون المكاتب، فإن ادعى المكاتب ابناً حراً من امرأة حرة أنه ابنها وصدقته المرأة في ذلك صحت دعوته ويثبت النسب منه، ولم يصدق في حق تحويل الميراث من ابن العم إليه؛ لأن النسب ثبت بإقراره للحال، فلا يبطل ما ثبت لابن العم من الحق قبله فكذا في مسألتنا.

ثم استشهد فقال: ألا ترى أنه لو كان الابن كبيراً ادعى أنه مسلم، وأنه كان مأسوراً فيهم، فإن كان عليه سيما المسلمين حكم بإسلامه، وكان حراً لا سبيل عليه، وإن لم تكن عليه سيما المسلمين كان قناً، وتأثير قول الأب في حقه لا يكون أكثر من تأثير قوله لو كان هو من أهله استشهد بهذه المسألة إيضاحاً لما تقدم.

قال: ولو كانت الدعوة بعدما قسم الإمام الغنائم أو باعها، لم يصح إلا بتصديق من المشتري، أو ممن وقع في سهمه لما ذكرنا أنه صار مملوكاً للمشتري أو لمن وقع في سهمه، ودعوى الإنسان نسب مملوك الغير لا يثبت إلا بتصديق من المالك بخلاف ما قبل القسمة والبيع؛ لأن هناك لم يثبت الملك فيه لأجل على ما مر والله أعلم.

فيما يحرزه العدو ثم يصير للمسلمين بعد ذلك، وفي أخذ المالك القديم، وما لا يجري فيه الإحراز

ما يجب اعتباره في هذا الفصل ما عرف من قاعدة أصحابنا رحمهم الله: أن

(١) بياض بالأصل.

المالك القديم إذا وجد ماله في ملك عام، فإن وجده قبل القسمة أخذه بغير شيء، وإن وجده في ملك خاص بأن وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة إن شاء.

والأصل فيه: قوله عليه السلام لصاحب الفرس أو الناقة: «إن وجدته قبل القسمة أخذته بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة أخذته بالقيمة إن شئت»[1] والمعنى في ذلك من وجهين:

أحدهما ما ذهب إليه عامة المشايخ أن استيلاء الكافر على مال المسلم يشبه الغصب من وجه من حيث إن ابتداءه ورد على مال معصوم لمسلم ويشبه الاستيلاء على المال المباح من وجه من حيث إن .....[2] على المال المباح، فعملنا بشبه الغصب إذا وجده قبل القسمة، وقلنا بأخذه بغير شيء كما هو وقضية الغصب في سائر المواضع، وعملنا بشبه الاستيلاء على المال المباح إذا وجده بعد القسمة، فقلنا بأخذه بالبدل كما هو قضية الاستيلاء على الأموال المباحة في سائر المواضع عملاً بالشبهتين، ومعنى آخر اختاره المحققون من أصحابنا رحمهم الله أن الكفار إذا استولوا على بعض أموال المسلمين فالواجب على المسلمين أن يجتمعوا ويستعيدوا ذلك من أيدي الكفار ويوصلوه إلى صاحبه؛ لأن حرمة المال كحرمة النفس.

ولو أسر صاحب المال كان حقاً على المسلمين أن يجتمعوا ويستعيدوه من أيديهم فكذا في المال، وقبل القسمة الحق في الغنيمة لجماعة المسلمين، وقد وجب عليهم إيصال هذا المال إلى صاحبه، ولا يجوز للإنسان أن يأخذ بأداء عمل قد وجب عليه عوضاً، فأما بعد القسمة صار ملكاً للذي وقع في سهمه على الخلوص، وما كان يجب عليه استنقاذ هذا المال من أيدي الكفرة وإيصاله إلى صاحبه لعدم قدرته عليه، فلو أخذ القيمة من صاحبه متى أراد صاحبه الأخذ لا يكون أخذاً بأداء عمل وجب عليه عوضاً، فلهذا افترقا.

هذا إذا وجد ماله في المغنم، وإن وجد ماله في يد رجل يملكه من جملة الكفار إن تملكه بعوض صحيح أخذه بمثل العوض إن كان العوض مثلياً، وبقيمة ذلك العوض إن لم يكن مثلياً، وإن تملكه بعوض فاسد أو بغير عوض بأن تملكه بالهبة إن كان المال المأسور من ذوات القيم أخذه بالقيمة، وإن كان من ذوات الأمثال لا يأخذه أصلاً؛ لأنه لو كان أخذه أخذه بمثله، والأخذ بالمثل لا يفيد، وما لا يفيد لا يرد الشرع به بخلاف الأخذ بالقيمة؛ لأنه مفيد حتى يصل إلى العين فجاز أن يرد الشرع به، أما ههنا بخلافه.

قال محمد رحمه الله: رجل له كر تمر فارسي جيد أخذه الكفار وأحرزوه بدارهم ثم دخل مسلم واشتراه منهم بكري تمر وأخرجه إلى دار الإسلام ثم حضر المالك القديم، فليس له أن يأخذه هكذا ذكر المسألة في «الزيادات»، وذكر هذه المسألة في «السير

(١) أخرجه الزبيدي في إتحاف السادة المتقين ٦/ ٨٣.
(٢) بياض بالأصل.

الكبير»، وقال بأنه يأخذه بكري تمر دقل، فوجه ما ذكر في «السير»: أن المشتري من العدو يملك الكر المأسور بشراء صحيح؛ لأن الربا لا يجري بين المسلم والحربي في دار الحرب، فصح شراء الكر الفارسي بكري دقل، كما يصح لو اشتراه بدراهم، والأخذ مفيد باعتبار الصفة؛ لأنه يعطي كرًّا دقل ويأخذ كراً جيداً فارسياً فيثبت له حق الأخذ بما قام على المشتري كما لو اشتراه بدراهم.

فإن قيل: كيف يأخذه بكري دقل وإنه ربا.

قلنا: هذا فاسد؛ لأن الربا يتمكن فيما هو بيع، وهذا ليس ببيع بل هو فداء عن ملكه؛ لأنه يعيده إلى قديم ملكه إلى هذا أشار محمد رحمه الله في «السير» حيث قال: ؛ لأن هذا فداء وليس ببيع ولا شراء.

وجه ما ذكر في «الزيادات»: أن الأخذ غير مفيد؛ لأنه لو أخذه أخذه بكر فارسي مثله، فلا يفيد الأخذ.

بيانه: وهو [٦٢ب/٢] أن المشتري من العدو يملك الكر المأسور بشراء فاسد؛ لأن الله تعالى حرم الربا مطلقاً من غير فصل بين أن يكون في دار الحرب أو في دار الإسلام، ومن غير فصل بين أن يكون العاقد مع المسلم حربياً أو مسلماً، وإذا فسد الشراء والمشتري في الشراء الفاسد مضمون على المشتري بالقيمة، والقيمة هنا المثل لو أخذه أخذه بمثله، فلا يفيد الأخذ، أو نقول: هذا احتيال لأخذ أموال الحربي بطيب من أنفسهم، وليس ببيع لما فيه من الربا، والمسلم المستأمن مأمور شرعاً بالاحتيال لأخذ أموالهم بطيب من أنفسهم ما أمكنهم لما فيه من تقليل ما لهم، فكأنهم وهبوا الكر منه، ولو وهبوا الكر منه لم يكن للمالك القديم حق الأخذ؛ لأنه لو أخذه أخذه بمثله فلا يفيد، والمحققون من مشايخنا قالوا: ليس في المسألة اختلاف الروايتين ولكن ما ذكر في «السير» قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن عندهما الربا لا يجري بين المسلم وبين الحربي في دار الحرب، فملك المشتري الكر المأسور بشراء صحيح، والمشتري في الشراء الصحيح مضمون بالثمن، والأخذ بالثمن مفيد باعتبار الصفة إن لم يكن مفيداً باعتبار الكيل، وما ذكر في «الزيادات» قول أبي يوسف؛ لأن عنده الربا تجري بين المسلم وبين الحربي في دار الحرب فملك المشترى الكر المشترى بشراء فاسد والمشتري في الشراء الفاسد مضمون بالقيمة، والقيمة هنا المثل، والأخذ بالمثل لا يفيد فلا يثبت له حق الأخذ.

فإن قيل: الأخذ بالمثل مفيد حتى صح بيع الكر بكر مثله، والبيع لا يجوز إلا لفائدة كالأخذ.

قلنا: الجواب عن هذا من وجهين:

أحدهما: أن مبنى البيع على التراضي يصح لاحتمال فائدة ما، أما ههنا القاضي هو الذي يقضي ويلزم، واحتمال الفائدة لا تكفي لذلك. **والثاني**: أن البيع يقع على المعينين والمعينات قل ما يتساويان على وجه لا يكون بينهما تفاوت أصلاً، فكانت الفائدة بائنة، أما ههنا حق الأخذ يثبت بمثل في الذمة، والمثل في الذمة لا يتصور فيه التفاوت.

ولو كان المشتري اشترى هذا الكر منهم بخمر أو خنزير وأخرجه إلى دار الإسلام لم يكن للمالك القديم أن يأخذه باتفاق الروايات؛ لأن هذا الشراء إن اعتبر جائزاً كما هو وجه رواية كتاب «السير» لا يكون له حق الأخذ؛ لأنه لو أخذه إما أن يأخذه بعين الخمر والخنزير أو بقيمتهما، وكل ذلك متعذر، أما الأخذ بالغير؛ فلأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر والخنزير قصداً وأما الأخذ بالقيمة؛ لأنه لا قيمة للخمر والخنزير في حق المشتري من العدو ولا في حق المالك القديم.

ألا ترى أن الذمي والمسلم إذا أتلف على مسلم خمراً أو خنزيراً، فإنه لا يضمن له شيئاً، فإذا تعذر الأخذ بالعين وبالقيمة سقط حقه في الأخذ؛ حتى لو كان المشتري من العدو ذمياً كان له أن يأخذه بقيمة الخمر والخنزير، وإن اعتبر هذا الشراء فاسداً، أو اعتبر احتيالاً لأخذ أموالهم كما هو وجه رواية «الزيادات» أخذ صاحب الكر بالمثل على نحو ما بينا، فلا يفيد الأخذ.

ولو كان المشتري من العدو اشترى هذا الكر بكر مثله؛ ثم أخرجه إلى دار الإسلام لم يكن للمالك القديم أن يأخذه على الروايات كلها؛ لأن هذا الشراء صحيح على الروايات كلها؛ إذ ليس فيه ربا والمشترى شراءً صحيحاً مضمون بالثمن، والثمن هنا مثلي والأخذ بالمثل لا يفيد.

ولو كان اشتراه بكر دقل مثل كيله، إلا أنه أردأ منه يداً بيد وأخرجه إلى دار الإسلام كان للمالك القديم أن يأخذه على الروايات كلها؛ لأن هذا الشراء صحيح على الروايات كلها، والأخذ بما قام عليه ممكن؛ لأنه مال متقوم في حق المشتري من العدو، وفي حق المالك القديم، وإنه مفيد باعتبار الصفة؛ لأنه يأخذ جيداً ولا يعطي رديئاً إن لم يكن مفيداً باعتبار الكيل، فيثبت له حق الأخذ بما قام عليه، فإن كان اشتراه بكر مثله نسيئة ثم أخرجه إلى دار الإسلام لم يكن للمالك القديم أن يأخذه، أما على رواية «السير»؛ فلأن هذا الشراء صحيح والمشترى شراءً صحيحاً مضمون بالمسمى، والمسمى مثلي.

وعلى رواية «الزيادات»: هذا الشراء يعتبر فاسداً، أو يعتبر احتيالاً لأخذ أموالهم كأنهم وهبوه منه فيثبت له حق الأخذ بالقيمة، والقيمة هنا المثل، فلو ثبت له حق الأخذ ثبت بالمثل، وإنه لا يفيد، ولو أخذ المشركون ألف درهم وقد ثبت المال لرجل وأحرزوه بدارهم، فدخل مسلم دارهم، واشتراها بألف درهم غلة وتفرقوا عن قبض ثم أخرجها إلى دار الإسلام كان للمالك القديم أن يأخذها على الروايات كلها بمثل الغلة التي نقدها؛ لأن هذا الشراء صحيح على الروايات كلها، والمشترى شراءً صحيحاً مضمون بالمسمى باتفاق الروايات، والأخذ بالمسمى مفيد هنا باعتبار الصفة، فيأخذه بالمسمى لهذا بهذا الطريق ولو اشتراها بدنانير وأخرجها إلى دار الإسلام كان للمالك القديم أن يأخذها بدنانير مثله.

وكذلك لو أن هذا المسلم باع منهم ألف درهم غلة بألف درهم فقد ثبت المال فنقدوه الألف المحرزة، فأخرجها إلى دار الإسلام كان للمالك القديم أن يأخذها، وكان

ينبغي أن لا يأخذها؛ لأن العقد على الدراهم المحوزة إنما انعقد على ألف، فقد ثبت المال في الذمة إلا أنهم أعطوه الدراهم المحوزة عوضاً عما وجب في ذمتهم، فالدراهم المحوزة عوضاً عما وجب [٦٣أ/ ٢] في الذمة من الألف الجياد وليس بعوض عما أعطي من الغلة، فلو أخذها بمثلها من الجياد، فلا يكون الأخذ مفيداً، والجواب المأخوذ في حكم غير ما يتناوله العقد؛ إذ لو لم يجعل كذلك كان هذا استبدالاً ببدل الصرف قبل القبض، وإنه لا يجوز، وإذا جعلنا المأخوذ في حكم غير ما يتناوله العقد كانت دراهم الغلة عوضاً عن الدراهم المحوزة، فإن أخذها أخذها بالدراهم الغلة فكان الأخذ مفيداً.

استشهد في «الكتاب» فقال: ألا ترى أنه لو أحرز العدو كراً للمسلم ثم دخل مسلم دارهم بأمان وأسلم إليهم مائة درهم في كر حنطة تسليماً صحيحاً فلما حق الأجل قضوه الكر الذي أحرزوه بدارهم، فقبضه وأخرجه إلى دار الإسلام كان للمالك القديم أن يأخذه بمائة درهم، وجعل المقبوض في حكم عين ما يتناوله العقد حتى لا يكون هذا استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض، وإذا جعلنا المقبوض في حكم عين ما يتناوله العقد كان الأخذ مفيداً؛ لأنه يأخذه بالدراهم، وكذلك في الصرف لاستوائهما في حرمة الاستبدال.

فرق بين مسألتنا هذه وبينما إذا باع المسلم من أهل الحرب عوضاً بألف درهم نقداً ثبت المال، فنقدوه الألف المحوزة مكان تلك الألف، فقبضها وأخرجها إلى دار الإسلام ليس للمالك القديم أن يأخذها، والفرق: أن في مسألتنا: المشتري من العدو يملك الألف المحوزة بألف درهم غلة لما ذكرنا أن المقبوض جعل في حكم عين ما تناوله العقد، وإذا تملك الدراهم المحوزة بألف درهم غلة لو أخذ المالك القديم الدراهم المحوزة أخذها بألف درهم غلة، فكان الأخذ مفيداً.

أما في مسألة العوض الدراهم المحوزة ما صارت مملوكة للمشتري بالعوض؛ لأن العقد ما انعقد على الدراهم المحوزة، إنما انعقد على مثلها ديناً في الذمة، والدراهم المحوزة عوض عن ذلك، ولا ضرورة إلى أن تجعل الدراهم المحوزة هنا في حكم عين ما تناوله العقد؛ لأن الألف التي وجبت في الذمة ثمن العوض من كل وجه، والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز، فصارت الدراهم المحوزة عوضاً عما وجب في ذمة أهل الحرب، فلو أخذها أخذها بمثلها فلا تفيد، فهذا هو الفرق بينهما.

قال في «الكتاب»: ألا ترى أن العدو لو أحرز كر المسلم، ثم دخل مسلم دارهم بأمان، وباع منهم عرضاً بكر حنطة في الذمة فقضوه الكر المحرز، فقبضه وأخرجه إلى دار الإسلام لا يكون للمالك القديم أن يأخذه؛ لأن الكر المحرز عوض عما وجب في الذمة، وليس بمعقود عليه، ولا ضرورة إلى جعله في حكم عين ما تناوله العقد؛ لأن الكر الذي في الذمة ثمن العوض، والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز، فكان هذا الكر عوضاً عما وجب في الذمة لا عن المتاع، فلو أخذه أخذه بمثله، فلا يفيد كذا هنا.

ولو كان مكان الكر ثياباً لمسلم أحرزها العدو، وقد دخل مسلم دارهم وباعهم متاعاً بثياب موصوفة في الذمة إلى أجل معلوم، فلما حل الأجل قضوه الثياب التي

أحرزوها، فوجدها المالك القديم ثم أخذها بقيمة المتاع الذي أعطاهم المسلم؛ لأن المقبوض هنا في حكم عين ما يتناوله العقد؛ لأن الثياب لا تثبت في الذمة إلا مبيعة، ولهذا لا يثبت إلا بطريق السلم، والاستبدال بالبيع قبل القبض لا يجوز، فجعل المقبوض في حكم عين ما تناوله العقد، فكان عوضاً عن المتاع الذي أعطاهم فيأخذه بقيمته.

ولو أحرز العدو كر المسلم فدخل مسلمان دارهم بأمان، فاشتريا هذا الكر منهم بدراهم، وأخرجاه إلى دار الإسلام واقتسماه نصفان، ثم استهلك أحدهما نصيبه، وحضر المالك القديم، فله أن يأخذ النصف الباقي من الذي في يده بنصف الثمن.

فرق بين هذا وبينما إذا كان مكان الكر عدل . . . . .[1] وباقي المسألة بحالها، فإن المالك القديم يأخذ النصف الذي ظفر به بربع الثمن، وبنصف قيمة الثياب التي صارت لشريكه، والفرق وهو: أن قسمة المكيل والموزون إقرار محض وليست بمبادلة، ولهذا ينفرد به أحد الشريكين ويملك كل واحد منهما بعد القسمة أن يبيع نصفه مرابحة على نصف الثمن، فالنصف الذي في يد أحد المشتريين عين ما ملكه بالشراء فيأخذه بنصف الثمن، فأما قسمة الثياب ففيها معنى المبادلة والمعاوضة، ولهذا لا ينفرد بها أحد الشريكين ولا يبيع نصيبه بعد القسمة مرابحة على نصف الثمن بالنصف الذي أخذ في يد أحد المشتريين عين ما ملكه بالشراء، فيأخذه بنصف الثمن.

فأما قسمة الثياب ففيها معنى المبادلة والمعاوضة، ولهذا لا ينفرد بها أحد الشريكين ولا يبيع نصيبه بعد القسمة مرابحة على نصف الثمن، فما صار لكل واحد منهما نصفه ملكه بالشراء، ونصفه ملكه عوضاً عما ترك لصاحبه من نصيبه فما صار له بالشراء وهو نصف نصيبه أخذه المالك القديم بقيمة البدل، وهو قيمة نصف ما سلم لشريكه.

ولو أحرز العدو كر المسلم، فدخل مسلم دارهم وأقرضهم كراً فقضوه ذلك الكر الذي أحرزوه، فأخرجه إلى دار الإسلام لم يكن للمالك القديم عليه سبيل سواء كان المستقرض مثل المحرز أو دونه أو أجود منه، وكان ينبغي أن يكون للمالك القديم حق الأخذ بمثل المستقرض فيما [٦٣ب/ ٢] إذا كان المستقرض أردأ؛ لأن العوض مضمون بمثله، فإنما يملك المسلم هذا الكر الجيد المحرز بدلاً عما استحقه في ذمتهم بالعوض وذلك كُر رديء، فلو أخذه المالك القديم أخذه بمثله من الردء فيكون الأخذ مفيداً.

والجواب: أن المقبوض في باب القرض في حكم عين المستقرض؛ لأن القرض عارية، ولهذا لا يصح التأجيل فيه، وفي العارية الواجب رد عين المستعار، فيكون المقبوض في حكم عين المستقرض لا بدلاً عنه، فلو أخذه المالك القديم أخذه فلا يفيد الأخذ.

ولو أحرز العدو إبريق فضة لرجل وزنه خمسمائة، واشتراه مسلم منه بألف درهم أو أربعمائة؛ كان للمالك القديم أن يأخذه بقيمته مصنوعاً من خلاف جنسه ذكر المسألة على

(١) بياض بالأصل.

هذا الوجه في «الزيادات» وقال: يأخذه بالثمن الذي اشتراه المشتري في أبواب «السير» وذكر هذه المسألة في أبواب الشفعة من «الزيادات» وقال: يأخذه بالثمن الذي اشتراه المشتري من العدو، وهكذا ذكر في أبواب «السير الكبير».

وجه ما ذكره في أبواب «السير» من «الزيادات»: أن هذا الشراء وقع فاسداً والمشترى شراءً فاسداً مضمون بالقيمة، وقيمة الفضة من خلاف جنسه، أو نقول: بأن هذا الاحتيال لأخذ أموالهم وليس بيع لما فيه من الربا، فكأنهم وهبوه منه، وهناك يأخذه المالك القديم بقيمته دنانير؛ لأن الفضة لا تقوم بنفسها، وإنما تقوم بغيرها.

وجه ما ذكر في أبواب الشفعة وفي «السير الكبير»: أن هذا الشراء صحيح على ما هو رواية «كتاب السير» والمشترى شراءً صحيحاً مضمون بالمسمى والأخذ، والأخذ بالمسمى مفيد باعتبار الصفة، فيثبت له حق الأخذ بالمسمى ومعنى آخر ما أشار إليه محمد رحمه الله فقال: بأن أخذ المالك القديم ليس بتملك مبتدأ بل هو مفاداة، وإعادته إلى قديم ملكه واجباً لحقه فوجب الإحياء بتسليم ما بذله صاحبه ليخرج هو من البين فتعود العين إلى قديم ملكه الأول.

واستشهد بمسائل لبيان أن أخذ المالك القديم مفاداة ليعود إلى ملكه القديم، فقال: ألا ترى أنه لو كان . . . .[1] مبيعاً حتى باعه مرابحة على الثمن الأول، ولو وجد به عيباً رده على بائعه بالعيب، ولو كان موهوباً عاد موهوباً حتى كان للواهب أن يرجع فيه.

ولو كان عبداً في عنقه جناية قبل الأسر يخير بين الدفع والفداء كما كان يخير قبل الأسر، وصار ما ذكر في أبواب الشفعة في هذه المسألة رواية فيما تقدم من المسائل، وصار رواية «السير» في جنس هذه المسائل موافقة لإحدى روايتي «الزيادات»، وإن كان اشتراه بمثل وزنه دراهم . . . .[1] وأخرجه إلى دار الإسلام كان للمالك القديم أن يأخذه بمثل تلك الدراهم على الروايات كلها؛ لأن الشراء صحيح على الروايات كلها، والأخذ مفيد باعتبار الصفة إن لم يكن مفيداً باعتبار الوزن فيأخذه بمثل تلك الدراهم إن شاء على الروايات كلها.

ولو كان اشتراه بمثل وزنه دراهم ولكن إلى أجل فأخرجه إلى دار الإسلام فهذا وما لو اشترى هذا الإبريق منهم بخمر أو خنزير أخذه المالك القديم بقيمته من خلاف جنسه على الروايات كلها؛ لأن هذا الشراء إن اعتبر جائزاً في دار الحرب كما هو وجه رواية كتاب «السير» تعذر على صاحب الإبريق أخذه بعين الخمر والخنزير وبقيمتهما لما مر، أمكن الأخذ بقيمة الإبريق من خلاف الجنس، والأخذ مفيد باعتبار الصفة، فكان له حق الأخذ.

بخلاف ما إذا اشترى الألف الجياد المأسور بخمر أو بخنزير، فإنه لا يأخذه المالك القديم، وإن اعتبر هذا الشراء جائزاً على رواية «كتاب السير»؛ لأن هناك تعذر

---

(١) بياض بالأصل.

الأخذ بالخمر والخنزير وبقيمتهما على ما مر، وتعذر الأخذ بقيمة الألف؛ لأن قيمتها مثلها، والأخذ بالمثل هناك لا يفيد لا باعتبار الصفة ولا باعتبار الوزن، وإن اعتبر هذا الشراء فاسداً، أو اعتبر هذا احتيالاً لأخذ أموالهم كما هو وجه رواية «الزيادات» كان مضموناً بالقيمة والقيمة دنانير؛ لأن الفضة لا تقوم بنفسها والأخذ بالدنانير مفيد بخلاف الألف الجياد على رواية «الزيادات» حيث لا يأخذها المالك وإن اعتبر هذا الشراء فاسداً، فيكون مضموناً بالقيمة، إلا أن قيمة الدراهم مثلها، والأخذ بالمثل لا يفيد.

ولو كان الذي اشتراه بالخمر والخنزير رجل من أهل الذمة وأخرجه إلى دار الإسلام أخذه المالك القديم بقيمة الخمر والخنزير؛ لأن هذا الشراء وقع صحيحاً، والأخذ بالعين إن تعذر؛ لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر والخنزير لأن هذا الشراء وقع صحيحاً، والأخذ بالعين إن تعذر؛ لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر والخنزير أمكن الأخذ بقيمتها؛ لأن الخمر مال متقوم في حق المشتري من العدو لكونه ذمياً، ولهذا لو أتلف مسلم على ذمي خمراً أو خنزيراً ضمن قيمته، ولا كذلك ما إذا كان المشتري من العدو مسلماً.

وذكر في «السير الكبير»: في عبد أسره المشركون اشتراه مسلم منهم بألف درهم ورطل من خمر وأخرجه إلى دار الإسلام أخذه المولى بالألف وتمام القيمة يريد به أنه يأخذه بكل قيمته إذا كانت قيمته أكثر من الألف؛ لأن الخمر عوض فاسد فما يخص الخمر من العبد يأخذه بقيمته.

يوضحه: أنه اشترى البعض بالدراهم والبعض بالخمر، ولو اشترى الكل بالدراهم أخذه بما يعدل الدراهم، ولو اشترى الكل بالخمر أخذه بقيمته فإذا اشترى البعض بالدراهم والبعض بالخمر كان لكل بعض حكم نفسه؛ ولأن العقد [٦٤أ/ ٢] فسد باشتراط الخمر، والمملوك بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة فيأخذه بتمام القيمة، ولو كانت قيمة العبد أقل من الألف أو ألف أخذه بالألف في الفصلين إن شاء لا ينقص عن الألف أما إذا كانت قيمته ألفاً؛ فلأن العقد قد فسد باشتراط الخمر، والمملوك بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة، والقيمة ألف، وأما إذا كانت قيمته أقل من الألف؛ فلأن العقد وإن فسد فالمقبوض بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة إلا أن المشتري غرم ألفاً فلو نقص عنها شيء تضرر، ولا يزاد على الألف بسبب ذكر الخمر؛ بخلاف ما إذا كانت قيمة العبد أكثر من الألف.

أما على المعنى الأول: فلأن ههنا الألف صارت شاغلاً لقيمة العبد أو زيادة فلا يفضل على الألف شيء، فلا يأخذ الخمر قسطاً من العبد بل يلغوا ذكر الخمر، وصار كأنه اشتراه بالدراهم لا غير، فأما إذا كان قيمة العبد أكثر من الألف، فالفضل على الألف من قيمة العبد فارغ عن الألف، فيكون الخمر مقابلاً به؛ إذ الخمر مال في الجملة؛ فاقتضى المقابلة فيأخذ ما قابله الخمر بقيمة نظيره.

إذا أعتق عبداً على ألف درهم ورطل من خمر نظر إلى قيمة العبد، فإن كانت قيمة

العبد ألف درهم أو أقل كان عليه ألف درهم لا ينقص عنها ولا يزاد عليها بسبب ذكر الخمر، وإن كانت قيمة العبد أكثر من الألف لزمه تمام قيمة العبد.

وأما على المعنى الثاني: فلأن العقد قد فسد، فيكون العبد مضموناً بالقيمة، والقيمة ههنا لا تزيد على ألف فلا تزيد على الألف فلا يزاد على الألف شيء، وهناك القيمة زائدة على الألف، فتجب الزيادة حكماً لفساد العقد.

ولو اشتراه المسلم بألف درهم وميتة أو دم أخذه المالك القديم بألف درهم لا يزاد على الألف لمكان الميتة وإن كانت قيمة العبد أكثر من الألف؛ لأن تسمية الميتة والدم باطلة لا حكم لها؛ لأنهما ليسا بمال عند أحد من الناس، فصار ذكرهما والسكوت عنهما بمنزلة، فلا يقابلهما شيء من العبد لتجب الزيادة بحكم المقابلة، ولا يؤثر في فساد العقد أيضاً لما صار ذكرهما والسكوت عنهما بمنزلة لتجب الزيادة على الألف بحكم فساد العقد، فأما تسمية الخمر، فإنها صحيحة لكونها مالاً عند الكل متقوماً عند بعض الناس، وكان ذكره معتبراً فيأخذ قسطاً من العبد ويزاد على الألف بمقابلته، أو تؤثر في فساد العقد لعجز المسلم عن التسليم مع اعتبار ذكره، فيجب تمام القيمة بحكم فساد العقد.

قال: ألا ترى أنه لو أتلف خمر ذمي ضمن، ولو أتلف ميتة أو دماً له لم يضمن، ولو اشترى عبداً بخمر ملكه عند القبض حتى لو أعتقه جاز عتقه، ولو اشتراه بميتة أو دم لا يملكه أصلاً، وإن قبضه حتى لا يجوز عتقه، ولو أعتقه على ألف درهم ورطل من خمر فقبل عتق ولزمه تمام القيمة إذا كانت قيمته أكثر من الألف، ولو أعتقه على ألف درهم وميتة أو دم فقبله يلزمه الألف وإن كانت قيمته أكثر من الألف، والمعنى في الكل ما ذكرنا، فهذا جملة ما أورده الزعفراني رحمه الله من «السير الكبير» ثم إن محمداً رحمه الله حكم نفاذ هذه العقود على رواية «السير»، وقد ذكرنا أن لجنس هذه العقود حكم الصحة على رواية «السير» فتبين أن في «السير» روايتان.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: في العبد يأسره أهل الحرب فيدخل مسلم دارهم ويشتريه منهم، ويخرجه إلى دار الإسلام، ثم يأسره العدو ثانياً، فيدخل رجل آخر دارهم ويشتريه منهم، ويخرجه إلى دار الإسلام: فلا سبيل للمولى الأول على العبد ولكن المشتري الأول هو الذي يأخذ العبد من المشتري الآخر بالثمن إن شاء، ذكر هذه المسألة ههنا مجملة من غير بيان الثمنين، وبين ذلك في الأصل فجعل الثمن الأول ألف درهم، والثاني خمسمائة.

والوجه في ذلك: أن حق الأخذ إنما عرف شرعاً بخلاف القياس لمن ورد الأسر على ملكه، والأسر الثاني ورد على ملك المشتري الأول لا على ملك المولى الأول، ثم إذا أخذ المشتري الأول العبد من المشتري الآخر فللمولى الأول أن يأخذ العبد من يده؛ لأن الأخذ من يد المشتري الأول كان ثابتاً للمولى الأول وإنما بطل نزول يده عنه بالأسر، فإن عاد إلى يده ثانياً فقد ارتفع الزوال، فيعود حقه في الأخذ.

وهو نظير الموهوب له إذا وهب الموهوب من رجل؛ لا يكون للمولى الأول على

الموهوب سبيل، وإذا رجع الموهوب له الأول في الهبة عاد حق المولى الأول في الرجوع كذا هنا، ولكن إنما يأخذ من المشتري الأول بالثمنين جميعاً؛ لأنه إنما يأخذه بما قام على المشتري الأول، وقد قام عليه بالثمنين جميعاً.

ولو أن المشتري من الحربي باع العبد المأسور من غيره، ثم حضر المالك القديم كان له أن يأخذه من المشتري الثاني، ولو أراد أن ينقض بيع المشتري الأول من المشتري الثاني ليأخذه من المشتري الأول ليس له ذلك.

فرق بين هذا وبين الهبة، فإنه قال: الموهوب له متى باع الهبة من غيره يبطل حق الواهب في الاسترجاع، وفرق أيضاً بين هذه المسألة وبين الشفيع، فإنه قال: للشفيع أن ينقض بيع المشتري حتى يأخذه من المشتري الأول [٦٤ب/ ٢] إن شاء وقال: في المالك القديم إنه لا ينقض بيع المشتري حتى يأخذه من المشتري الأول بل يأخذه من الثاني، وفي الموضعين جميعاً التصرف من المشتري إنما يحصل من غير تسليط من له الحق.

فأما الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة الهبة: وهو أن تصرف الموهوب له في الهبة إنما حصل عن تسليط الواهب؛ لأنه لما ملكه العين بالهبة وأنه مطلق للتصرف في العين فقد سلطه على التصرف، فمتى أبطلنا حق الواهب في الاسترجاع بتصرف الموهوب له لزوال الهبة عن ملكه فإنما يبطل حقه برضاه، وإبطال الحق على ذي الحق برضاه جائز.

وكان كالمشترى شراءً فاسداً إذا باع بطل حق البائع في استرداد العين؛ لأن تصرف المشتري إنما صدر عن تسليط من جهة البائع، فمتى أبطلنا حقه في استرداد العين بعد تصرف المشتري فإنما يبطله برضاه وذلك جائز، فأما هنا تصرف المشتري ما صدر بتسليط من جهة المأسور منه؛ لأنه لم يملك العين من جملته حتى يكون تصرفه صادراً عن تسليطه، فإذا لم يكن تصرفه بتسليط من جملته لو أبطلنا حقه في الاسترجاع بتصرف المشتري أبطلنا حقه بغير رضاه، وإبطال الحق على ذي الحق بغير ر ضاه؛ لأنه لا يجوز، وكان كالمشتري إذا تصرف في الدار المشفوع لا يبطل بتصرفه حق الشفيع في الأخذ منه؛ لأن تصرفه لم يصدر عن تسليطه، فكذلك هذا.

وأما الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة الشفعة وهو: أن القياس في المأسور منه أن يكون له نقض تصرفات المتملك من الحربي؛ لأنه حصل من غير تسليط المأسور منه كما في الشفيع. القياس المأسور منه بالنص، فإن الشرع أثبت له حق الأخذ من غير أن ينقض تصرف المتملك من جملة الحربي، فإنه أثبت له حق الأخذ بالقيمة متى وجده بعد القسمة ولم يثبت له حق نقض القسمة.

وإن كان لو نقض القسمة كان مفيداً، فإنه كان يأخذه بغير شيء، ولما لم يثبت له حق نقض القسمة علمنا أن الشرع إنما أثبت له حق الأخذ بشرط أن لا ينقض تصرف المتملك من جملة الحربي، وما ثبت نصاً بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد في المأسور منه بخلاف القياس لا يكون وارداً في الشفعة دلالة؛ لأنهما مختلفان سبباً وحكماً، فإن سبب الشفعة الجوار والشركة، وسبب حق الأخذ للمأسور منه

الغصب، والأخذ منه بغير رضاه وحكماً مختلف، فإن المأسور يأخذه ملكه من المتملك من الحربي سواء تملك من جملتهم بالشراء أو بالهبة، والرجل متى تملك الدار بالهبة لا يكون للشفيع حق الأخذ، فدل أنهما مختلفان سبباً وحكماً، فالنص الوارد في أحدهما لا يعتبر وارداً في الآخردلالة، فترد الشفعة إلى ما يقتضيه القياس.

قال في «السير الصغير»: وللمالك القديم أن ينقض إجارة المتملك من الحربي، وليس له أن ينقض رهنه وبيعه، وهذا لما ذكرنا أن قضية القياس أن يكون للمالك حق نقض تصرفات المتملك من جملة الحربي لكن تركنا القياس فيه بالنص، والنص إنما ورد في القسمة، والقسمة تبع للمال، والنص الوارد في حق القسمة والبيع لا يكون وارداً في الإجارة دلالة؛ لأن نقض البيع والقسمة قبيح من كل وجه، فأما نقض الإجارة قبيح من وجه باعتبار الحقيقة؛ لأن العقد قد وجد جملة، أما في حق المعقود منع من الانعقاد؛ لأن الإجارة في حق المنافع يتجدد انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة؛ وكان فسخاً من وجه منعاً من وجه، والنص الوارد في المنع عن نقض تصرف هو قبيح من كل وجه لا يكون وارداً في المنع عن نقض تصرف هو فسخ من وجه منع من وجه، فردت الإجارة إلى ما تقتضيه حقيقة القياس، وحقيقة القياس تطلق له حق النقض.

وإذا غصب الرجل من رجل عبداً وأصابه المشركون من يد الغاصب، وأحرزوه بدارهم، ثم إن المسلمين أصابوه؛ ثم وجده المغصوب منه في يد الغانمين قبل أن يقسم أخذه بغير شيء، ولا ضمان على الغاصب، أما المغصوب منه يأخذ؛ لأن الأسر ورد على ملك المغصوب منه، وهو أحق بهذا العبد من الغاصب قبل الأسر؛ لأنه ليس للغاصب فيه حق، فكذا بعد الأسر.

بخلاف ما لو كان عبداً مرهوناً كان حق الأخذ للمرتهن متى كانا حاضرين، وإن ورد الأسر على ملك الراهن إلا أن للمرتهن فيه حق الحبس، وكان المرتهن بسبب ما له من حق الحبس حق بالرهن من الراهن قبل الأسر، فكذا بعد الأسر يكون المرتهن أحق به من الراهن أيضاً، فلهذا كان حق الأخذ للمرتهن لا للراهن، ولا ضمان على الغاصب؛ لأن العبد وصل إلى يد المغصوب منه فارغاً كما خرج من يده فارغاً؛ لأن المغصوب منه بسبب أسر العبد الحادث في يد الغاصب لم يلتزم ضماناً متى وجده قبل القسمة في يد الغانمين؛ لأنه يأخذه بغير شيء، وكان كالعبد المغصوب إذا جنى في يد [٦٥أ/ ٢] الغاصب جناية موجبة للمال، ثم إن الغاصب فدى ولي الجناية ثم جاء المغصوب منه وأخذ العبد منه، لم يكن له على الغاصب ضمان؛ لأن العبد وصل إلى يد المغصوب منه فارغاً كما كان خرج من يده، فإنه لم يلتزم ضماناً بسبب الجناية الحادثة في يد الغاصب.

هذا إذا وجده المغصوب منه قبل القسمة، وإن وجده بعد القسمة في يد بعض الغانمين ذكر أن المغصوب منه بالخيار، إن شاء أخذ العبد بقيمته من الذي وقع في سهمه يوم يأخذ منه، وإن شاء لم يأخذه وضمن الغاصب قيمته يوم غصبه، وإنما يخير المغصوب منه في هذا؛ وذلك لأن الغاصب غصب منه عبداً فارغاً، وقد صار مشغولاً

بسبب حدث عند الغاصب وهو أسر العبد، فإنه بسبب أسر العبد لزمه قيمة العبد متى اختار أخذه من يد القائم.

وصار كما لو جنى عبد المغصوب عند الغاصب جناية موجبة للمال، ثم جاء المغصوب منه كان بالخيار، إن شاء أخذ العبد ثم دفع بالجناية، أو فداه بالأرش، وإن شاء ترك العبد على الغاصب وضمنه قيمة عبده يوم غصب منه؛ لأن العبد صار مشغولاً بسبب حدث عند الغاصب يثبت لصاحب العبد الخيار كذا هنا، فإن دفع قيمته يوم الأخذ إلى الذي وقع في سهمه، وأخذ العبد، فإنه يرجع على الغاصب بالأقل من قيمة العبد يوم الغصب، ومن يوم الأخذ.

كما في الجناية لو جنى هذا العبد في يد الغاصب جناية موجبة للمال، واختار المغصوب منه أخذ العبد من يد الغاصب ودفعه بالجناية وفداه، فإنه يرجع على الغاصب بالأقل من قيمته يوم الدفع، ومن الفداء؛ لأن الزيادة على أقلهما إنما التزمه باختياره، فلا يكون له الرجوع بذلك على الغاصب، فكذا هنا الزيادة على الأقل من قيمة العبد يوم الغصب ومن يوم الأخذ، إنما التزمه المغصوب منه باختيار فلا يرجع بذلك على الغاصب.

وبيان هذه المسألة وتفسيرها: أنه إذا كان قيمة العبد بألفي درهم من الذي وقع في سهمه، فإنه يرجع على الغاصب بقيمته يوم الغصب، وذلك ألف درهم ولا يرجع بقيمته يوم الأخذ بألفي درهم، وإذا كان قيمته يوم الغصب ألف درهم ثم تراجع سعره؛ حتى صارت قيمة العبد خمسمائة يوم الأخذ، وأخذ العبد بخمسمائة فإنه يرجع على الغاصب بخمسمائة، وذلك قيمة العبد يوم الأخذ؛ لأن صاحب العبد إنما يرجع على الغاصب بقدر ما لزمه من الضمان بسبب حادث عند الغاصب، وإنما لزمه الضمان بسبب الأسر الحادث عند الغاصب بقدر خمسمائة، فيرجع بذلك على الغاصب لا بقيمته يوم الغصب، ومتى رجع على الغاصب بخمسمائة فإنه يصل إليه ألف درهم؛ كما غصب منه الغاصب خمسمائة التي يأخذها من الغاصب وخمسمائة عين العبد، فلهذا قالوا: بأن صاحب العبد يرجع بالأقل من قيمة العبد يوم الغصب ومن يوم الأخذ، أي القيمتين أقل ولا يرجع بالزيادة.

هذا إذا اختار المغصوب منه أخذ العبد من يد من وقع في سهمه بالقيمة، وإن شاء لم يأخذ العبد وضمن الغاصب قيمته يوم غصبه؛ لأنه لا يصل إليه عنده إلا بالتزام مال، فكان له أن لا يلتزم المال ثم يضمن الغاصب قيمته يوم غصبه منه؛ لأن الغاصب عجز عن رد العين، وكان عليه رد قيمته فإن ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه.

فالجواب في الغاصب بعد هذا كالجواب في حق المغصوب منه، إن وجد الغاصب العبد في يد الغانمين قبل القسمة أخذه بغير شيء، وإن وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة؛ وذلك لأن الغاصب إن لم يكن يملك العبد المغصوب من جملة المغصوب منه لزوال العبد عن ملك المغصوب منه بالأسر يوم الضمان، إلا أنه بأداء الضمان يقوم مقام

المغصوب منه فيما له كما في غصب المدبر متى ضمن الغاصب قيمة المدبر، إن لم يملك الغاصب المدبر بالضمان قام مقام مولى المدبر فيما كان له فكذا هذا، وكان للمغصوب منه أن يأخذ العبد إذا وجده قبل القسمة في يد الغانمين بغير شيء وبعد القسمة يأخذه بالقيمة، فثبت للغاصب مثل ذلك، ولذلك لو لم يظهر عليه المسلمون ولكن رجل من المسلمين اشتراه من أهل الحرب، وأخرجه إلى دار الإسلام، فإن كان مولاه لم يضمن للغاصب قيمته يوم الغصب فالمغصوب منه بالخيار؛ إن شاء أخذ العبد بالثمن الذي اشتراه المشتري، وإن شاء لم يأخذه، وضمن الغاصب قيمته يوم الغصب؛ لأنه لا يصل إلى عبده إلا بضمان يلزمه بسبب كان عند الغاصب فيخير المغصوب منه في ذلك لما بينا فيما إذا وجد بعد القسمة في يد من وقع في سهمه، وإن أخذه بالثمن من المشتري من العدو فإنه يرجع على الغاصب بالأقل من قيمته يوم الغصب، وبالأقل من الثمن الذي أخذ العبد به من المشتري لما بيناه في الفصل الأول.

وإن ترك العبد ولم يأخذه من المشتري من العدو، وضمن الغاصب قيمة العبد يوم الغصب، فلا سبيل له بعد ذلك على العبد؛ لأنه وصل إليه بدل عبده، فلا يبقى له سبيل على العبد، ويقوم الغاصب مقام صاحب العبد فيما كان له قبل تضمين الغاصب وصاحب العبد قبل تضمين [٦٥ب/ ٢] الغاصب بالخيار؛ إن شاء أخذ العبد من المشتري بالثمن الذي اشتراه، وإن شاء تركه. كذا إذا دفع الغاصب الثمن إلى المشتري وأخذ منه العبد، أو دفع القيمة إلى الذي وقع في سهمه وأخذ منه العبد، فأراد صاحب العبد أن يرد عليه القيمة ويأخذ منه العبد هل له ذلك؟ فهذا على وجهين.

إن أخذ صاحب العبد القيمة بزعمه بأن اختلفا في مقدار قيمة العبد، فقال الغاصب: قيمة العبد يوم الغصب كان ألف درهم، وصاحب العبد يقول: كان قيمته ألفي درهم، فأقام مولى العبد البينة على ما ادعى من القيمة، وأخذ من الغاصب ألفي درهم، أو استحلف الغاصب بأن لم يكن له بينة على ما ادعى، فنكل الغاصب عن اليمين فأخذ منه ألفي درهم، أو اصطلحا وتراضيا على ألفي درهم كما يدعيه المغصوب منه، ففي الفصول الثلاث لا يتخير المغصوب منه بين أن يرد القيمة على الغاصب وأخذ العبد منه، وبين أن يترك العبد عليه، وإن كان أخذ القيمة بزعم الغاصب بأن لم يكن له بينة، واستحلف الغاصب فحلف، فأخذ منه ألف درهم كما قاله الغاصب، ثم وجد العبد فإنه يتخير؛ إن شاء رد القيمة التي أخذ من الغاصب على الغاصب وأخذ عبده، وإن شاء ترك العبد عليه.

وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أبق العبد من يد الغاصب، وضمّن المالك الغاصب قيمته، ثم عاد العبد من الأبق إن أخذ المالك القيمة بزعم نفسه لا سبيل له على العبد، وإن أخذ القيمة بزعم الغاصب كان له أن يأخذ العبد ويرد القيمة إن شاء؛ كذا هنا. والمعنى في تلك المسألة عرف في كتاب« الغصب» ثم ذكر محمد رحمه الله في «الكتاب»: أن صاحب العبد متى أخذ القيمة بزعم الغاصب، ثم وجد العبد في يد

المشتري، أو في يد الذي وقع في سهمه، وكان قيمة العبد كما قاله صاحب اليد ألفي درهم أنه يتخير، ولم يذكر أنه إذا وجد قيمة العبد مثل ما قاله الغاصب، أو أقل مما قاله الغاصب هل يتخير أم لا؟.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله: أنه كان يقول: في هذا الفصل روايتان؛ في رواية يتخير، وفي رواية لا يتخير، ثم في الموضع الذي يثبت له الخيار؛ إذا قال صاحب العبد: أنا أمسك القيمة، وأرجع بما فضل على قيمته يوم الغصب إلى تمام قيمته يوم ظهر العبد لا يكون له ذلك، إنما له رد القيمة وأخذ العبد، أو إمساك القيمة كما في المكره على البيع والتسليم إذا قال بالإكراه كان لصاحب العبد الخيار: إن شاء رد الثمن وأخذ عبده، وإن شاء أمسك، ولا سبيل له على العبد.

وإن قال: أنا أمسك الثمن وأرجع بما فضل على الثمن إلى تمام قيمة العبد ليس له ذلك؛ لأن الثمن جعل بدلاً عن جميع العبد حالة الإكراه، فلم يكن له أن يأخذ الثمن، ويرجع بالزيادة على الثمن إلى تمام قيمته، فكذا هذا جعل القيمة التي قضى بها القاضي بدلاً عن جميع العبد، فلا يكون له إمساك القيمة والرجوع بالزيادة إلى تمام قيمة العبد. ولو كان مكان العبد المغصوب مستأجراً استأجره عشر سنين كل سنة بشيء معلوم، وباقي المسألة بحالها، فوجدها المستأجر قبل القسمة في يد الغانمين كان خصماً في أخذه، وكان له أن يأخذه بغير شيء؛ لأنه لو كان مستعيراً ومستودعاً فيما أسر من يده، ثم وجده في يد المسلمين قبل القسمة كان خصماً في أخذه، وكان له أن يأخذه بغير شيء حتى يعيده إلى يده وإن لم يكن للمستودع وللمستعير فيما أسر من أيديهما حق؛ لأنهم يوم الأسر من أيديهما، فلا يكون المستأجر خصماً في أخذ المأسور، وللمستأجر مع اليد حق لازم أولى وأحرى.

واعتبر بما لو غصب إنسان المستأجر من يده كان المستأجر خصماً في استرداده من الغاصب حتى يعيده إليه، فكذا إذا أسر من يده، ثم إذا أخذه المستأجر يعود العبد إلى الإجارة كما كانت قبل الأسر؛ لأنه بالأخذ عاد إلى قديم ملك الآجر كأنه لم يكن خرج عن ملكه فيما يستقل من الأحكام، ألا ترى أنه لو كان في رقبته جناية فإنه تعود الجناية كما كانت، كأنه لم يكن خرج عن ملكه، فكذا إذا كان في المأسور إجارة تعود الإجارة ويبطل عن المستأجر الأجر في مدة الأسر، وكان عليه الأجر بحصة ما بقي من مدة الإجارة بعد الأخذ.

أما يبطل عنه الأجر في مدة الأسر قبل الأخذ؛ لأن المستأجر منع عن الانتفاع بالمستأجر في مدة الأسر مع زوال ملك الآجر عنه متى أحرزه المشركون بدراهم، ولو منع من الانتفاع به في بعض مدة الإجارة مع قيام ملك الآجر في المستأجر؛ بأن غصب إنسان من يده ثم أخذه سقط عنه الأجر بقدر مدة الغصب قبل الأجر، فَلأَنْ يسقط الأجر بحصة مدة الأسر قبل الأخذ ـ وقد منع من الانتفاع به مع زوال ملك الآجر عن المستأجر ـ أولى وأحرى، وأما عليه الأجر بحصة ما بقي من مدة الإجارة بعد الأخذ؛ لأنه بعد

الأخذ تمكن من الانتفاع بالمستأجر فكان عليه الأجر؛ كما لو غصبه من يده إنسان في بعض مدة الإجارة، ثم أخذه قبل مضي مدة الإجارة كان عليه الأجر يوم الأخذ بحصة ما بقي من مدة الإجارة كذا هذا.

وإن جحد المسلمون أن يكون المأسور إجارة عنده احتاج إلى إقامة البينة على أنه كان إجارة في يده؛ لأنه ادعى فيه معنى لا يعرف إلا بقوله فلا يصدق [٦٦أ/ ٢] على ما ادعى إلا ببينة لحقه، ألا ترى أنه لو كان مستعيراً أو مستودعاً فيه، وقد وجده في يد الغانمين قبل القسمة تقبل بينته على ما ادعى فيه من الوديعة والعارية، وإن لم يكن له في المأسور حق لازم فلأن تقبل بينة المستأجر على أنها إجارة في يده وللمستأجر في المأسور حق لازم أولى وأحرى.

وإذا قبل الحاكم بينته ورده عليه ثم حضر الآجر فأنكر الإجارة فيه، وذكر أنه كان في يده وديعة أو عارية، فالقول قول صاحب العبد والفرس؛ لأنه يدعي إجارة في عبده أو فرسه، ولم يعرف إلا بقوله، وأنكر صاحب العبد والفرس ذلك فيكون القول قوله، ولا ينفعه ما أقام من البينة عند الحاكم حالة الأخذ أن المأسور في يده كان بإجارة؛ لأن الحاكم لم يسمع بينته على إثبات الإجارة في المأسور، وإنما يسمع البينة على كونها في يده حالة الأسر؛ لأن المأسور من يده غير محتاج إلى إثبات الإجارة؛ لأن حاجته إلى إعادته إلى يده، وهذه الحاجة تندفع إذا أقام البينة أنه كان في يده يوم الأسر؛ لأن كون المأسور في مدة حالة الأسر يكفي لإثبات حق الأخذ له من يد الغانمين متى وجدها قبل القسمة.

ألا ترى أنه لو ثبت كونها في يده بإعارة أو وديعة أو غصب كان له أن يأخذ قبل القسمة، فهو معنى قولنا: إنه لا حاجة إلى إثبات الإجارة في المأسور ليثبت له حق أخذ المأسور، فلا تقبل بينته على إثبات الإجارة، وإذا لم تقبل بينته على إثبات الإجارة في المأسور صار كأنه لم يقم البينة على الإجارة، وإنما أقام البينة على كونها في يده حالة الأسر لا غير.

ولو أقام البينة على كونها في يده وقت الأسر، ولم تقم البينة على الإجارة إذا جاء الآجر وأنكر الإجارة يحتاج إلى إقامة البينة على الإجارة، فكذلك هذا، هذا الذي ذكرنا إذا وجده المستأجر قبل القسمة، فأما إذا وجده بعد القسمة كان له أن يخاصم الذي وقع في سهمه أيضاً، فإن أنكر الذي وقع في سهمه أن المأسور كان إجارة عنده، وأقام المستأجر البينة على الإجارة؛ تقبل بينته على إثبات الإجارة، ويكون خصماً في إثباتها، ثم هو بالخيار؛ إن شاء أخذ بالقيمة، وإن شاء تركه؛ لأنه لو كان مالكاً رقبة ومنفعة ووجده بعد القسمة؛ كان بالخيار إن شاء أخذ، وإن شاء لم يأخذ، فكذا إذا كان مالكاً للمنفعة.

ولو كان مكان المستأجر مستعيراً أو مستودعاً، وقد وجده بعد القسمة، فإنه لا ينتصب خصماً للذي وقع في سهمه حتى لو أقام البينة على أن المأسور كان في يده وديعة

أو عارية، فإنه لا يسمع بينته، ولا يكون لهما بعد القسمة أن يأخذا المأسور من الذي وقع في سهمه بالقيمة، وكانا بمنزلة الأجنبي بعد القسمة، فقد فرقوا بين المستأجر والمستعير والمستودع بعد القسمة، وسووا بينهم قبل القسمة، وقالوا بأن المستعير والمستودع ينتصبان خصماً في الأخذ قبل القسمة حتى تقبل بينتهما على إثبات الوديعة والعارية في المأسور كما تقبل بينة المستأجر، وبعد القسمة قالوا: المستأجر ينتصب خصماً حتى تقبل بينته على إثبات الإجارة، والمستعير والمستودع لا ينتصبان خصماً حتى قال: لا تقبل بينتهما بعد القسمة على إثبات الإعارة والوديعة، وإنما فعلوا هكذا؛ وذلك لأن المستعير والمستودع كل واحد منهما بمنزلة المالك في حق الأخذ من وجه، وبمنزلة الأجنبي من وجه.

أما بمنزلة المالك من وجه؛ لأن للمستعير وللمستودع حقاً في المأسور، وللمستعير ملك منفعة، وللمودع حق إعارة ما كان له من اليد، ألا ترى لو كان غصب من أيديهما ولم يؤسر كانا خصمين في استرداده، كالمالك سواء، ومن وجه بمنزلة الأجنبي؛ لأنه ليس لهما في المأسور حق لازم بدليل أن المالك بسبيل من إبطال حقهما في الوديعة والعارية قصداً بالأخذ، وحكماً بالتمليك من غيره، بأن باع أو وهب من غيره بخلاف المستأجر؛ لأن له فيه حق لازم.

وإذا كان المستعير أو المستودع بمنزلة المالك للمأسور من وجه، ومن وجه بمنزلة الأجنبي، والعمل بهما على كل حال قبل القسمة، وبعد القسمة متعذر لما بينهما من التنافي في الأحكام، عملنا بهما في حالين مختلفين كما في الهبة بشرط العوض، فجعلنا المستعير والمستودع بمنزلة المالك للمأسور في حق الأخذ قبل القسمة، وانتصبا خصمين في حق الأخذ كأنهما مالكين للعبد، وبعد القسمة ألحقناهما بالأجنبيين ولم نجعلهما خصمين في أخذ المأسور ليكون عملاً بالمالكية والجناية بقدر الإمكان، إلا أنهم عملوا بالجناية بعد القسمة لا بالمالكية ليمكن العمل بالأمرين، فإنهم متى عملوا بشبه المالكية في هذه الحالة والحاجة بعد القسمة إلى شيئين إلى أخذ المأسور، وإلى دفع القيمة يلزمهم العمل بشبه المالكية قبل القسمة، والحاجة إلى شيء واحد وهو الأخذ لا غير، فيتعطل العمل بهما حينئذٍ، فلهذا عملوا بشبه الجناية بعد القسمة، وبشبه المالكية قبل القسمة بخلاف المستأجر، وذلك؛ لأن للمستأجر في المستأجر حق لازم لا يقدر الآجر على إبطاله بغير عذر لا قصداً بفسخ الإجارة، ولا حكماً بالتمليك بالبيع والهبة.

وإذا كان للمستأجر حقاً لازماً في المأسور جعلوه بمنزلة المالك في حق الأخذ قبل القسمة، وبعد القسمة [٦٦ب/ ٢] لتظهر مزيته على مزية المستعير والمستودع، وليس لهما في المأسور حق لازم، وإذا انتصب المستأجر خصماً في الأخذ قبل القسمة وبعد القسمة متى وجده بعد القسمة فإنه يخيره القاضي إن شاء أخذ بالقيمة، وإن شاء ترك؛ لأنه لو كان مالكاً حقيقة وقد وجده بعد القسمة يخيّره إن شاء أخذ بالقيمة، وإن شاء ترك، فههنا أولى.

وفي «المنتقى»: عبد لمسلم أسره العدو، وأحرزوه بدراهم، فدخل مسلم واشتراه، وأخرجه إلى دار الإسلام، فتزوج على رقبته امرأة، ثم حضر المولى الأول؛ أخذ العبد إن شاء بقيمته.

ولو تزوج امرأة بغير مهر، ثم صالحها على أن سلم إليها هذا العبد بالمهر الذي وجب لها، قيل لمولى العبد: إن شئت فخذها بمهر مثلها أو فدع، ولو ادعى رجل دعوى قبل المشتري في دار، ولم تتبين الدعوى، فصالحه من دعواه على هذا العبد، أخذه المولى بقيمة العبد، فإن اختلفا في مقدار . . . .[1] الدعوى فالقول قول المصالح.

عبد مسلم أسره العدو، وأحرزوه بدارهم ثم أفلت منهم وأخذ مالاً من مالهم، وخرج هارباً إلى دار الإسلام، فأخذه مسلم ثم جاء مولاه، لم يأخذه منه إلا بالقيمة في قول محمد رحمه الله، وما في يده من المال فهو لمن أخذه، ولا سبيل للمولى عليه، وأما في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء؛ لأنه لما دخل دار الإسلام صار فيئاً لجماعة المسلمين يأخذه الإمام، ويرفع خمسه، ويقسم أربعة أخماسه بين المقاتلة، رجع محمد رحمه الله عن قوله وقال: إذا أخذه مسلم فهو غنيمة آخذه، وأخمس إذا لم يحضر المولى، وأجعل أربعة أخماس العبد والمال الذي معه للآخذ، فإن جاء مولاه بعد ذلك أخذه بالقيمة، وإن جاء مولاه قبل أن يخمس أخذه بغير شيء؛ لأنه بمنزلة ما غنمه المسلمون.

عبد لمسلم سباه أهل الحرب، فأعتقه سيده، ثم غلب عليه المسلمون أخذه مولاه بغير شيء، وذلك العتق باطل، ولو أعتقه بعدما أخرجه المسلمون قبل أن يقسموه جاز عتقه.

حربي دخل دار الإسلام بأمان، فسرق من رجل منهم طباعاً أو متاعاً، ودخل به أرض الحرب، فاشتراه منه مسلم، وأخرجه إلى دار الإسلام أخذه صاحبه بغير شيء؛ لأن الحربي كان ضامناً له قبل أن يخرجه من دار الإسلام، فلا يكون محرزاً له بإدخاله دار الحرب، ولو أودع مسلم عند هذا المستأمن مالاً، فذهب به إلى دار الحرب فهو محرز لها، وإن أسلم عليها أو صار ذمة فهي له؛ لأنه لم يكن هنا ضامناً في دار الإسلام.

حربي دخل إلينا بأمان، ومعه عبد قد كان أخذه من المسلمين، وأحرزه بدار الحرب، فاشتراه رجل منهم لا يكون للمالك الأول أن يشتريه من هذا الرجل المشتري بالثمن، ولا . . . . .[1] شراء منه في دار الإسلام . . . .[1] منه في دار الحرب.

بشر بن الوليد عن أبي يوسف في «الإملاء»: الأمة المأسورة إذا اشتراها من أهل الحرب مسلم، أو وقعت في سهمه، فأخذها منه مولاها بحكم حاكم أتبعها ما كان في عنقها من الدين والجناية قبل السبي، وردها بعيب قديم إن وجده على البائع الأول، ورجع بنقصان عيبها عليه إن كان حدث بها عيب يمنع من الرد، ولا سبيل له على

(١) بياض بالأصل.

المشتري من أهل الحرب، ولا على الذي وقعت في سهمه، وإن كان عيب حدث في يدي أهل الحرب، أو في يد المشتري منهم، أو في يدي الذي وقعت في سهمه ردها عليه بذلك، فإن ماتت عنده، أو حدث بها عيب لم يرجع بنقصان العيب من قبل، ولم يكن في الأصل أن يأخذها إلا بجميع الثمن، وإن كان أخذها منه بغير حكم أتبعها الدين، ولا يتبعها الجناية، ولا يردها على بائعها الأول بالعيب القديم، ويردها على الذي أخذها منه بالعيب القديم والحديث، وإن ماتت في يده رجع بنقصان العيب عليه، ولو استحقها مستحق من يدي الذي أخذها بالقيمة، فإن كان أخذها بالحكم ردها على من أخذها هذا المستحق منه بالقيمة أو بالثمن، وإن كان أخذها بغير حكم أخذها المستحق منه بمال أخذها به، ويرجع في الوجهين جميعاً على بائعه.

في «الأصل»: إن كان اشتراها، وإن كان أعتقها الذي أخذها أول مرة بالثمن، أو ولدت منه ولداً، فإن كان أخذها بقضاء قاضٍ فإنه يبطل عتقه إذا استحقها هذا المستحق، ويرد الولد رقيقاً في القياس، ولكني أستحسن أن يأخذه بالقيمة. وقال في موضع آخر من هذا الكتاب: العتق جائز . . . . .[1]، وإن كان أخذها بحكم.

لو أن عبدين أسرهما أهل الحرب، فاشتراهما رجل بثمن واحد فللمولى أن يأخذ أحدهما بالحصة، ويترك الآخر.

ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: رجل أسر المشركون عبده، فأمر المولى رجلاً أن يشتري العبد له بألف درهم، فاشتراه الرجل لنفسه فهو للمولى، وكذلك لو أمره أن يستوصيه لمولاه، فاشتراه المأمور منهم وهو مسلم بخمر فهو لمولاه، وهو هبة منهم له؛ لأن المشتري أعطاهم ما لا ثمن له عنده، إنما هو في يده على الهبة منهم له؛ ألا ترى أن المولى لو لم يكن أمره بذلك أخذه بالقيمة كما كان يأخذه إذا وهبوه له، ولا يأخذه بقيمة الخمر؛ لأنه ليس بشراء.

جارية سباها أهل الحرب، فاشتراها [٦٧أ/ ٢] رجل مسلم، وأخرجها إلى دار الإسلام؛ قال محمد رحمه الله: هذا عندنا بمنزلة حق الشفيع إذا علم بالشراء، فإن لم يأخذها مولاها عند العلم بذلك بطل حقه، وإن علم به فأشهد على المشتري أنه يأخذها فله ذلك ما بينه وبين شهر كالشفعة، وكذا لو اشتراها من أهل الحرب بدرهم، ثم باعها من ابن له بعشرة آلاف درهم كان له أن يأخذ بأي الثمنين شاء في قول محمد رحمه الله كالشفعة، ولم يكن له أن يأخذها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا بالثمن الأخير.

جارية أسرها أهل الحرب، فاشتراها منهم مسلم، وأخرجها إلى دار الإسلام، فأقام مسلم بينته أنها كانت أمته، أسرت من يده، وقضى القاضي بها له بالثمن، ودفعها إليه، ثم ادعاها آخر، وذكر أنها أمته أسرت من يده، فرافعه إلى القاضي، فإن القاضي يجعل

(١) بياض بالأصل.

هذا الذي الأمة في يده خصماً عن الذي اشتراها في دار الحرب في قياس قول أبي يوسف، ويأمره بدفع الجارية إلي المدعي إذا أقام البينة على دعواه، ويدفع إليه الثمن قضاءً من الثمن.

فإن وجد المدعي الثاني بالجارية عيباً فعهدته على الذي اشتراها من دار الحرب؛ لأنه حين قضى بها للثاني، فقد أبطل ملك الأول لها، وجعل كأنه لم يملكها، وقال محمد رحمه الله: لا أقبل من المدعي الثاني بينة حتى يحضر المدعي الأول، والمشتري لها من دار الحرب، فيكونان خصمين جميعاً للمدعي الثاني، فإذا أقام البينة بغصب ملك المدعي الأول رددت الجارية إلى الذي اشتراها من دار الحرب، وأمرته برد ما أخذ من الثمن، وقضيت بالجارية للمدعي الآخر، وأقضي عليه بدفع الثمن إلى الذي اشترى الجارية من دار الحرب.

ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله في المأسور: إذا وقع في سهم رجل، فجاء مولاه أخذه بقيمته يوم أخذه هذا الذي وقع في سهمه، وحسب عليه لا يؤمر بأخذها المولى، ابن سماعة عن أبي يوسف: عبد لمسلم أسره العدو، فاشتراه رجل منهم، ثم أسروه ثانياً، فوهبوه للمشتري الذي أسر من يده، فلمولاه أن يأخذه من هذا بالقيمة والثمن جميعاً.

عبد أسره أهل الحرب، وأحرزوه بدارهم، فاشتراه مسلم منهم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فمات المولى الأول قبل أن يأخذه، فلا سبيل لوارثه عليه؛ لأن الخيار لا يورث. ولو باع رجل عبداً، ثم أسره العدو؛ يعني قبل التسليم، ثم مات البائع، ثم اشتراه مسلم، وجاء ربه، فلوارث البائع أن يأخذه بالثمن، ويأخذه المشتري الأول منه بالثمنين جميعاً، ولولا حق المشتري فيه لم يكن لوارث البائع عليه سبيل.

بشر في «نوادره» عن أبي يوسف: رجل غصب عبداً فأسره العدو، فوجد الغاصب العبد في يدي رجل قد اشتراه منهم، فلا سبيل له عليه حتى يحضر المولى. وفي «الأصل» عن محمد رحمه الله: إذا أسر المشركون عبد لصغر، ثم وقع في سهم رجل، فسلمه أبوه له، فكبر الصغير قال: هو على حقه في العبد والله أعلم.

ومما يتصل بهذا الفصل: ولو أن المسلمين أسروا أسرى من أهل الحرب، فلم يقسموا، ولم يخرجوهم إلى دار الإسلام حتى هربوا من أيديهم إلى مأمنهم، أو ظهر المشركون عليهم، وردوهم إلى مأمنهم، ثم إن قوماً آخرين من المسلمين ظهروا على أولئك السبي، . . . . .[1] فأخذوهم وأخرجوهم إلى دار الإسلام، واقتسموا فيما بينهم، أو لم يقتسموا، ثم اختصم الفريقان عند القاضي، فالفريق الآخر أحق بالأسرى؛ لأن حق الفريق الأول لم يتأكد قبل الإحراز حتى يبطل بالموت، فإن من مات لا يورث نصيبه.

وإذا . . . . .[1] لحقهم المدد شاركوهم؛ وهذا لأن سبب ثبوت الحق الاستيلاء،

(١) بياض بالأصل.

والاستيلاء لم يتم قبل الإحراز بدار الإسلام، فإذا هربوا أو ردوا انتقض ما وجد منهم من الاستيلاء قبل التمام، وجعل كأن لم يكن، وعاد الحكم إلى الحال الأول كأن الفريق الأول لم يأخذهم، ولو لم يأخذهم الفريق الأول كان الفريق الآخر أحق بهم فهنا كذلك.

أو نقول للفريق الآخر حق متأكد ملحق بالملك إن لم يقتسموا حتى يجري فيه للإرث، ولا يشاركهم المدد فيها، وملك إن اقتسموا، وليس للفريق الأول ملك، ولا حق متأكد على ما ذكرنا، والملك مع الحق للتأكد أقوى، والعمل بالأقوى أولى، فلو أن الفريق الأول لم يخرجوهم إلى دار الإسلام، ولكن اقتسموا في دار الحرب، وباقي المسألة بحالها، فالفريق الأول أحق بهم؛ لأن بالقسمة ملكوها، والتحق ذلك بسائر أملاكهم، فصار استيلاء الكفار وارداً على أموالهم، فإن وجدوها في يد الفريق الآخر قبل القسمة أخذوها بغير شيء، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن شاء كما في سائر أملاكهم.

وكذلك لو أن الفريق الأول أخرجوهم إلى دار الإسلام، واقتسموا فيما بينهم ثم هربوا، أو ردوا إلى دار الحرب، وباقي المسألة بحالها، فالفريق الأول أحق بهم لما قلنا، فأما إذا أخرجوهم إلى دار الإسلام، ولم يقتسموا حتى هربوا، أو ردوا إلى دار الحرب، وباقي المسألة بحالها؛ إن حضر الفريق الأول بعدما اقتسم الفريق الآخر فالفريق الآخر أحق به.

هكذا ذكر المسألة في «الزيادات» وذكر هذه المسألة في «السير الكبير» في موضعين، وذكر في أحد الموضعين كما ذكر في «الزيادات»، وذكر في الموضع الآخر: أن الفريق الأول أحق بهم، واختلف المشايخ فيه؛ بعضهم قالوا: ليس في المسألة اختلاف [٦٧ب/ ٢] الروايتين، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع ما ذكر أن الفريق الآخر أحق، أن الفريق الأول كان كثيراً بحيث يتعذر تخيير كل واحد منهم بين الترك وبين الأخذ لكثرتهم، وإذا كان بهذه الصفة صار الفريق الآخر أحق بهم، وموضوع ما ذكر أن الفريق الأول أحق أن الفريق الأول كان قليلاً بحيث يمكن تخيير كل واحد منهم بين أن يأخذها بالقيمة، وبين أن يتركها، وإذا أمكن التخيير خيروا، وإلى هذا مال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله.

وبعضهم قالوا: لا بل في المسألة روايتان، ولكن الرواية التي قال فيها: إن الفريق الآخر أحق أصح ، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، ووجه ذلك من وجهين:

أحدهما: أن الفريق الآخر لما اقتسموا فقد ملكوها، فللفريق حقيقة الملك، وللفريق الأول الحق، وحقيقة الملك لا تنقض بالحق؛ وهذا لأن حق الأخذ في الموضع الذي ثبت لخلاف القياس بالنص، وإنما ورد النص بنقض الملك الحادث لأجل الملك القديم، والنص الوارد بنقض الملك لأجل الملك لا يكون وارداً بنقض الملك لأجل الحق، فبقي نقض الملك لأجل الحق على أصل القياس، ألا ترى أن الكفار إذا استولوا

على العبد الجاني وأحرزوه بالدار، ثم ظهر عليه المسلمون وأخرجوه إلى دار الإسلام، وتركه المالك القديم، ولم يأخذه، وأراد ولي الجناية أن يأخذه، وكان ذلك بعد القسمة لم يكن له أخذه؛ ذلك لأن الثابت لولي الجناية مجرد الحق، فلا يجوز نقض الملك به كذا هنا، والثاني: وهو أن حق الأخذ إنما يثبت إذا كان مقيداً، أما إذا لم يكن مقيداً فلا، ألا ترى أن المستولى عليه لو كان من ذوات الأمثال، فوجده المالك القديم بعد القسمة لا يأخذه؛ لأنه لو أخذه أخذه بمثله، فلا يقيد.

إذا ثبت هذا فنقول: حق الغانمين قبل القسمة في معنى الغنيمة؛ لا في العين، ألا ترى أن للإمام أن يبيع الغنائم ويقسم الثمن بين الغانمين، فلو أخذها الفريق الأول بعدما اقتسمها الفريق الآخر؛ لأخذها بمثلها في المالية، وهي القيمة، وكأنهم يأخذون القيمة بالقيمة، فلا يكون مفيداً شيئاً، فأما إذا حضر الفريق الأول قبل أن يقتسم فالفريق الآخر أحق بهم.

وجه الرواية التي قال الفريق الأول أحق بهم أن الثابت للفريق الثاني قبل القسمة حق متأكد، وللفريق الأول أيضاً حق متأكد، ونقض الحق بالحق جائز لبعض الملك بالملك، حتى أن المالك القديم إذا وجد ماله بعد القسمة أخذه بالقسمة، وفي هذا نقض الملك لأجل الملك، وبه فارق ما بعد قسمة الفريق الثاني؛ لأن هناك للفريق الثاني حقيقة الملك، وللفريق الأول الحق، ولا يجوز نقض حقيقة الملك بالحق، ولأن الأخذ قبل قسمة الفريق الآخر مقيد؛ لأنهم يأخذون بغير شيء، فكان لهم حق الأخذ، ولا كذلك بعد القسمة؛ لأنه لا يفيد على ما مر؛ ولأن بالإحراز تأكد حق الفريق الأول حتى لو مات واحد منهم يورث نصيبه، ولا يشاركهم المدد، والحق المتأكد ينزل منزلة الملك، ولو ثبت الملك للفريق الأول بأن اقتسموا، ثم هربوا أو ردوا إلى دار الحرب، وباقي المسألة بحالها كان لهم حق الأخذ، فههنا كذلك.

وجه الرواية التي قال الفريق الآخر أحق بهم أن حق الأخذ في الموضع الذي بينه ثبت بخلاف القياس؛ لأن العين زالت عن ملك المأخوذ منه، وصار ملكاً للآخذ؛ لكن عرفنا ذلك بالنص، والحكم الثابت بالنص بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره إلا إذا كان في معناه من كل وجه، والحق ليس في معنى الملك في الحرمة والعصمة بورود الشرع، فنقض الملك الحادث لأجل الملك القديم لا يكون وروداً بنقض الحق الحادث مراعاة للحق القديم، فيرد على ما يقتضيه القياس، ألا ترى أن الملك ينقض بالعوض، ولا يمكن نقض الحق بعوض؛ لأنه لا قيمة له، فلم يكن الحق في معنى الملك من كل وجه، فلو أن الفريق الأول أحرزوهم بدار الإسلام ولم يقتسموا، ثم ظهر عليهم المشركون وأخذوهم، فلم يحرزوهم بدار الحرب حتى ظهر عليهم قوم آخرون من المسلمين، فأخذوهم من أيديهم في دار الإسلام، فإنهم يردون على الأول اقتسم الفريق الثاني فيما بينهم أو لم يقتسموا؛ لأنه لم يثبت للكفار فيهم ملك ولا حق ما داموا في دار الإسلام لبقائهم في أيدي الفريق الأول من حيث الحكم والاعتبار، فصار أخذ الفريق الثاني من

الكفار في دار الإسلام كأخذهم من الفريق الأول، فيردون على الفريق الأول، لهذا قال في «الكتاب»: إلا أن يكون الذي قسم بين الفريق الثاني إمام يرى ما صنعه المشركون تملكاً وإحرازاً، فحينئذٍ كان الفريق الثاني أولى بهم، علل في «الكتاب» فقال: لأن هذا مما يختلف فيه الفقهاء.

ومعناه: أن العلماء اختلفوا في أن مجرد الاستيلاء هل هو سبب للملك، فإذا رأى الإمام تعيين الاستيلاء من الكفار تملكاً، وقسم بين الفريق الثاني بناءً على ذلك حصل قسمته في محل مجتهد فيه فينفذ كقسمة الغنائم في دار الحرب، فإن قيل: كيف يستقيم هذا؟ ومن قال بأن نفس الاستيلاء سبب للملك، وهو الشافعي رحمة الله عليه [٦٨أ/ ٢] لا يجعل مال المسلمين محلاً لتملك الكفار بالاستيلاء، ومن قال بأن مال المسلم محل لتملك الكفار بالاستيلاء وهو أصحابنا ما جعلوا مجرد الاستيلاء سبباً، قلنا: كون مال المسلمين محلاً لتملك الكفار بالاستيلاء ونقول: من قال بأن مجرد الاستيلاء سبب مكان اجتهاده من الطرفين، مصادفاً محلاً مختلفاً فيه فنفذ.

ونظير هذا ما قلنا فيمن قضى بشهادة الفساق على الغائب، أو بشهادة رجل وامرأتين بالنكاح على الغائب ينفذ قضاؤه، وإن كان عند من يجوز القضاء على الغائب ليس للفساق شهادة أصلاً، وليس للنساء مع الرجال شهادة في باب النكاح، ولكن قيل: كل واحد من الفصلين مجتهد فيه، فينفذ القضاء من القاضي باجتهاد فيهما، فكذا في مسألتنا، والمعنى في الكل: أن المجتهد يتبع الدليل لا القائل به، والله أعلم.

ومما يتصل بهذا الفصل: وإذا وقع الاختلاف بين المشتري من العدو، وبين المولى القديم في قدر الثمن الذي أخذه به، أو في قدر قيمة الفرض الذي اشتراه به المشتري من العدو، فادعى المشتري أنه ألف، وادعى المالك القديم أنه خمسمائة، ولا يثبته لواحد منهما؛ ذكر أن القول قول المشتري من العدو عندهم جميعاً مع يمينه لوجهين:

أحدهما: أن المشتري من العدو ملك المأسور من جهة العدو، ثم مولى القديم يتملك المأسور عليه من جهته بفرض منزلة المشتري من العدو ومنزلة البائع، والمالك القديم بمنزلة المشتري.

ولو وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في مقدار بدل المبيع كان القول قول البائع مع يمينه، قال عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول ما يقوله البائع، أو يترادان»(١)، فهذا قياس عليه.

والثاني: أن محل مولى القديم مع المشتري من العدو محل الشفيع مع المشتري؛ لأن مولى القديم يأخذ المأسور من المشتري من العدو، وهو ملك المأسور في القديم، كالشفيع يأخذ الدار من المشتري بغير رضاه، بما قام على المشتري بحق سابق له على شراء المشتري، وهو شركته أو جواره.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات حديث ٢١٨٦، والدارمي في البيوع حديث ٢٥٤٩.

ثم إذا وقع الخلاف بين الشفيع والمشتري في قدر الثمن الذي اشتراه المشتري، أو في قدر قيمة العرض الذي اشتراه المشتري به كان القول قول المشتري مع يمينه؛ لأن الشفيع يدعي عليه تملك الدار بالقدر الذي يدعيه والمشتري ينكر.

ولو أنكر المشتري حق الشفيع أصلاً بأن قال للشفيع: لست بشفيع لهذه الدار، كان القول قول المشتري مع يمينه، فكذا إذا أنكر التملك عليه بما قاله الشفيع من الثمن، أو من قدر قيمة العرض كان القول قوله أيضاً، فإن لم يكن لأحدهما بينة استحلف المشتري من القدر على دعوى مولى القديم، فحلف المشتري فالمولى القديم بالخيار؛ لأن الثابت بقول من جعل القول قوله مع يمينه بمنزلة الثابت بالبينة، أو بالمعاينة.

ولو ثبت أن المشتري من العدو اشترى العبد بما قاله، إما بإقامة البينة، أو بالمعاينة، فمولى القديم بالخيار؛ إن شاء أخذ بذلك، وإن شاء ترك كذا هذا، وكان كالشفيع مع المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن الذي اشتراه المشتري، أو في مقدار قيمة العرض الذي اشتراه المشتري، ولم يكن لواحد منهما بينة، واستحلف المشتري ..... [1] وحلف كان الشفيع بالخيار؛ إن شاء أخذ بما قاله المشتري، وإن شاء ترك، وكذلك هذا، فإن وجد مولى القديم بعد ذلك بينة على ما فداه به المشتري من العدو كانت البينة أولى بها من يمين الذي فدى لما روي عن عمر وشريح أنهما قالا: البينة العادلة أولى أن يوجدها من اليمين الفاجرة، وفي رواية أخرى اليمين الفاجرة أولى أن ترد البينة العادلة، ولذلك لو أن المولى القديم في الابتداء أقام بينة على ذلك قبلت بينته؛ لأنه ادعى أمراً حادثاًو أثبته بالبينة، وفي قبولها فائدة لا تسقط زيادة عن نفسه، فلا بد من قبولها، وكان كالشفيع إذا أقام البينة على مقدار الثمن الذي اشتراه به المشتري، أو على مقدار قيمة العرض الذي اشتراه به، فإنه يقبل بينة الشفيع؛ لأنه ادعى أمراً حادثاً، وأثبته بالبينة، وفي قبولها فائدة؛ لأنه يسقط زيادة ثمن عن نفسه، فكذلك هذا.

وكذلك إن تفرد المشتري بإقامة البينة تقبل بينته؛ لأنه ادعى أمراً حادثاً، وأثبته بالبينة، وفي قبولها فائدة وهي إثبات الزيادة، فيجب قبولها، كالمشتري في مسألة الشفيع إذا تفرد بإقامة البينة على مقدار الثمن الذي اشتراه به المشتري، أو على مقدار قيمة العرض الذي اشتراه به، وهناك قبلت بينته لما بينا؛ كذا هنا.

وإن أقاما جميعاً البينة، وكانا اختلفا في مقدار الثمن الذي وقع به الشراء، ذكر أن البينة بينة مولى القديم في قول أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: البينة بينة المشتري من العدو، واختلافهم في هذه المسألة فرع لمسألة أخرى ذكرها محمد رحمه الله في كتاب «الشفعة»: وهو أن الشفيع مع المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن الذي اشتراه به المشتري ذكر في كتاب «الشفعة»: أن على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما [الله]: البينة بينة الشفيع، [٦٨ب/ ٢] وعلى قول أبي يوسف رحمه الله:

---

(١) بياض بالأصل.

البينة بينة المشتري، فهذا كذلك، وهذا لما قلنا: إن محل مولى القديم من المشتري من العدو محل الشفيع من المشتري، ومن الشفيع مع المشتري المسألة على هذا الاختلاف، والمسألة بحججها تأتي في كتاب «الشفعة» فكذلك هذا، إلا أن محمداً رحمه الله لم يذكر قول أبي يوسف مع نفسه في مسألة «السير» لا لأن قول أبي يوسف مع أبي حنيفة، لكن من عادة محمد رحمه الله في «السير الكبير» ترك قول أبي يوسف في أكثر المسائل.

هذا الذي ذكرنا كله إذا اختلفا في مقدار الثمن الذي اشتراه به المشتري من العدو، فأما إذا اختلفا في مقدار قيمة العرض الذي اشتراه المشتري من العدو، وأقاما جميعاً البينة؛ ذكر محمد رحمه الله أن البينة بينة المشتري من العدو، وقال: وهذا قولي وقول أبي يوسف، ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة، وذكر محمد رحمه الله في كتاب «الشفعة» ما إذا وقع الاختلاف بين الشفيع والمشتري على هذا الوجه؛ أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: البينة بينة المشتري، فيجب أن تكون في هذه المسألة البينة بينة المشتري من العدو على قوله.

وذكر أبو يوسف رحمه الله في كتاب «الشفعة» وقال: على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يجب أن تكون البينة بينة الشفيع، فكأن أبا يوسف قاس اختلافهما في مقدار قيمة العرض على اختلافهما في مقدار الثمن الذي وقع به الشراء في تلك المسألة، فقال على قياس أبي حنيفة: البينة بينة الشفيع، لا بينة المشتري، كما لو اختلفا في مقدار الثمن، فيجب أن يكون في هذه المسألة البينة بينة مولى القديم، لا بينة المشتري من العدو، وبه ختم.

فصل في بيع الغنائم وما يتصل به

هذا الفصل مشتمل على أنواع:

الأول: ما قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: وإذا ولى الإمام بيع الغنائم رجلاً من المسلمين فبيعه جائز، فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع، فإن الوكيل بالبيع إذا وكل غيره بالبيع فإنه لا يجوز، والإمام إذا ولى رجلاً بيع الغنائم جاز، وكما أن الوكيل نائب عن الموكل في بيع ما وكل به، فالإمام نائب عن الغانمين في بيع الغنائم؛ لأنه يبيع للغانمين.

ووجه الفرق بينهما: وهو أن الوكيل بالبيع ثابت عن الموكل في شيء خاص، وهو البيع؛ لأنه وكله بالبيع لا بالتوكيل، وإذا لم يدخل التوكيل تجب الوكالة بالبيع صار الحال بعد الوكالة كالحال قبلها، وقبل الوكالة لو وكل الأجنبي غيره لم يجز، فكذلك هذا، فأما المفوض إلى رأي الإمام في حق الغنائم البيع والتوكيل بالبيع، فإن الشرع جوز للإمام أن يفوض إلى غيره جميع ما كان مفوضاً إليه شرعاً، فإن النبي عليه السلام تارة كان يباشر ما كان مفوضاً إليه، وتارة ينيب غيره في ذلك منابة، وكان الإمام في حق القسمة بمنزلة الأب والوصي في مال اليتيم، وهما كما يملكان بيع مال الصغير يملكان توكيل غيرهما بالبيع، فكذلك هذا، فصح قولنا: إن المفوض إلى الإمام في حق الغنائم بيعها، وتوكيل

غيره بذلك، وكان له أن يبيع الغنائم بنفسه، وله أن يوكل غيره ببيع الغنائم.

قياس مسألة الإمام من الوكالة: أنّه لو وكله بالبيع وأجازه له مبيعه فلا جرم إذا وكل الوكيل هناك غيره بالبيع جاز؛ لأنه فوض إليه البيع والتوكيل بالبيع، فملك التوكيل ملك البيع، وإن باع شيئاً من الغنائم في دار الحرب أو في دار الإسلام بثمن أقل من قيمة الذي باع؛ نظر الإمام فيما باع، فإن كان الثمن أقل من قيمة ما باع مقدار ما يتغابن الناس في مثله فبيعه جائز، وإن كان بحيث لا يتغابن الناس في مثله فالبيع مردود ، وذلك؛ لأن المولى في بيع الغنائم نائب عن الإمام، والإمام لو باع شيئاً من الغنيمة وكان الثمن أقل من قيمة ما باع كان الجواب على هذا الفصل؛ لأن المحاباة اليسيرة مما لا يمكن الاحتراز عنها؛ لأنها مما يدخل تحت تقويم المقومين، فيكون عفواً، والمحاباة الفاحشة مما يمكن للمأمور الاحتراز عنها؛ لأنها مما لا يدخل تحت تقويم المقومين، فلا يكون عفواً، فكذلك هذا، وبهذا الطريق قلنا: إن الأب والوصي في مال الصغير تقع منهما المحاباة اليسيرة، ولا تقع منهما المحاباة الفاحشة.

فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الوكيل بالبيع؛ قال: الوكيل بالبيع مطلقاً إذا باع بغبن يسير أو فاحش جاز على موكله، ولا يجوز للإمام ولا للمولى له بالبيع من جهة الإمام في الغنائم أن يبيع شيئاً منها بغبن فاحش، والفرق بينهما وهو أن المفوض إلى الوكيل بيع عام، فإنه قال له: بع، ولم يقل: بغبن يسير، فدخل تحته البيع بالغبن اليسير والفاحش جميعاً على ما عرف أن العام يجري على عمومه حتى يقوم دليل التخصيص كما في أوامر الشرع.

فأما الداخل تحت ولاية الإمام في الغنائم بيع مقيد بشرط النظر للغانمين، ولا نظر للمسلمين في البيع بالغبن الفاحش، فلا يكون البيع بغبن فاحش داخلاً تحت ولايته، قياس مسألة الإمام لو قال للوكيل: بع بيعاً لي، فيه نظر، ولو قيد البيع بشرط النظر فباع بغبن [٦٩أ/ ٢] فاحش، فإنه لا يجوز أيضاً.

وإذا اشترى الذي ولي البيع شيئاً لنفسه من غنائم المسلمين فإنه لا يجوز سواء اشترى بأقل من قيمة المشترى، أو بأكثر من قيمته بحيث يتغابن الناس في مثله، أو لا يتغابن الناس في مثله، لما روى محمد رحمه الله في «السير الكبير» أن إبلاً من إبل الصدقة قدم على عثمان رضي الله عنه، فرأى فيها ناقة فأعجبته فبعث بها إلى السوق حتى إذا بلغت أقصى ثمنها أخذها بذلك الثمن، فأخبر بذلك عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، فأتاه وعابه عليه، ونهاه عنه، وقال له: هل رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه صنع من ذلك شيئاً، وكان ذلك أول أمر عيب عليه، فإنكار عبد الرحمن على عثمان وانقياد عثمان رضي الله عنه بذلك دليل على أن الإمام لا يجوز له أن يشتري شيئاً من الغنيمة لنفسه، ولأن الواحد مما لا يلي الشراء من الجانبين إذا كان لا يملك إيجاب العهدة على من يشتري منه بالإذن في التجارة، كالوكيل بالبيع إذا اشترى ما وكل ببيعه لنفسه لم يجز؛ لأنه لا يملك إيجاب العهدة على موكله، فإنه لا يملك أن يأذن في

التجارة حتى تجب عليه العهدة، فكذلك الإمام لا يملك إيجاب العهدة على الغانمين بسبب الإذن لهم في التجارة، فإن إذنه إياهم بالتجارة لا يصح، فكذلك هذا.

بخلاف الأب إذا اشترى مال ولده لنفسه بمثل قيمته، أو بأقل من قيمته؛ بحيث تغابن الناس في مثله، فإنه يجوز، وإن ولي الشراء من الجانبين؛ لأن الأب يملك إيجاب العهدة على ولده الصغير بأن يأذن له في التجارة، حتى تجب عليه عهدة التجارة، فإذا اشترى منه فقد أذن له في التجارة، فتكون العهدة في جانب ولده على الولد.

والإمام لا يملك إيجاب العهدة على المسلمين بأن يأذن لهم في التجارة، فكان الإمام في بيع الغنائم نظير الوكيل بالبيع فيما وكل ببيعه لا نظير الأب، فألحقوا الإمام بالوكيل، ولم يلحقوه بالأب.

ثم إن محمداً رحمه الله يحتج بهذه المسألة على أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله في إحدى الروايتين، عن أبي يوسف في الوصي: إذا اشترى مال اليتيم لنفسه بأكثر من قيمة المشترى بحيث لا يتغابن الناس في مثله حتى كان لليتيم فيه نفع ظاهر، فإنه يجوز على قول أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله لا يجوز، فهو يحتج عليهما بهذه المسألة، ويقول الإمام في الغنيمة مثل الوصي في مال اليتيم يتصرف في الغنيمة بحكم التفويض من جهة جماعة المسلمين، كالوصي يتصرف في مال اليتيم بحكم التفويض من الميت.

ثم الإمام إذا اشترى من الغنيمة لنفسه بأكثر من قيمة المشترى لم يجز وإن كان للغانمين فيه نفع ظاهراً؛ يجب أن يكون الجواب في الوصي كذلك بخلاف الأب؛ لأنه لا يتصرف بحكم التعويض من جهة أحد، والجواب في القاضي: إذا اشترى مال اليتيم لنفسه كالجواب في الإمام؛ إلا أن الجواب لأبي حنيفة رحمه الله عن هذا، وهو الفرق بين مسألة الوصي وبين هذه المسألة، وبين القاضي أن الوصي ممن يملك إيجاب العهدة على اليتيم بأن يأذن له في التجارة، فوجب أن يملك الشراء لنفسه من اليتيم؛ كالأب يشتري مال الولد لنفسه، إلا أن الأب إذا اشترى مال الصغير لنفسه بأقل من قيمته بحيث يتغابن الناس في مثله جاز.

والوصي لو اشترى لنفسه بأقل من قيمة المشترى بحيث يتغابن الناس في مثله لا يجوز، وإنما يجوز إذا اشترى بأكثر من قيمة المشترى بحيث لا يتغابن الناس في مثله؛ حتى يكون لليتيم نفع ظاهر؛ لأن الوصي إن كان يملك إيجاب العهدة على الصغير بأن يأذن له في التجارة إلا أنه قاصر الشفقة بشرط الجواز شرائه من الصغير أن يشتري بأكثر من قيمة المشترى بحيث لا يتغابن الناس في مثله، حتى يكون لليتيم فيه نفع ظاهر، فتزول التهمة والأب وافر الشفقة في حق ولده يؤثر ولده على نفسه، ولا يؤثر نفسه على الولد، فتنتفي التهمة في شرائه مال ولده الصغير لنفسه بأقل من قيمته بحيث يتغابن الناس في مثله.

وكان القياس في القاضي والإمام في بيع مال اليتيم: أن يكون الجواب فيهما

كالجواب في الوصي؛ لأنهما يملكان إيجاب العهدة على الصغير بسبب الإذن في التجارة كالوصي، إلا أنهم تركوا القياس في حق الإمام والقاضي والوكيل بالبيع؛ لأن الإمام إن كان يملك إذن اليتيم في التجارة إلا أن إذنه في التجارة حكم منه، والإنسان لا يصلح حاكماً لنفسه كما لا يصلح أن يكون شاهداً، ومتى صار شراؤه من اليتيم بعد الإذن صار الإمام أو القاضي حاكماً لنفسه، وهذا لا يجوز، فلهذه الضرورة لم يعتبروا إذنهما في التجارة صحيحاً في حق نفسه، وإذا لم يصح إذنه في حق نفسه صار الإمام والقاضي بمنزلة الوكيل، فأما الوصي ليس بحاكم حتى يقال: إذنه يصح في حق غيره ولا يصح في حقه، بل يصح في حق غيره وفي حقه كالأب، ثم الأب يملك أن يشتري مال ولده الصغير لنفسه، فيجب أن يملك الوصي إذا انتفت التهمة.

والحيلة في ذلك ما ذكره الإمام محمد رحمه الله: وهو أن يبيع الإمام عن غيره بمثل قيمته، أو بأقل من قيمته بحيث يتغابن الناس في مثله، ثم يشتري من الذي باع منه بثمن قليل، أو كثير إن كان المشتري يقدر الثمن، فإن لم ينقد أو نقد إلا درهماً فالأخير يشتريه بمثل ما باع أو أكثر، ولا يشتريه بأقل منه [٦٩ب/ ٢] وكذلك الخيار للوكيل بالبيع إذا أراد أن يشتري ما وكل ببيعه لنفسه ببيع من غيره، ثم يشتري منه والله أعلم.

نوع آخر

وإذا ولى الإمام رجلاً ببيع الغنائم للمسلمين، فباع من قوم، ودفعها إليهم، ولم يقبض منهم الثمن، فسأله الإمام أن يضمن الثمن له عن المشتري؛ يضمن البائع الثمن للإمام عن المشتري صح الضمان حتى كان للإمام أن يأخذه بذلك، وإنما صح الضمان؛ لأن حقوق العقد لا ترجع إليه بحكم العقد كأنه باع لنفسه بدليل أن الإمام لو نهاه عن قبض الثمن صح نهيه، كما لو أمر المرسل الرسول بقبض الثمن ثم نهاه، ولا تلزمه العهدة متى استحق المبيع، أو وجد بالمبيع عيباً فرده عليه، فإن أمين الإمام في بيع الغنائم إذا قبض الثمن وهلك في يده، ثم رد المشتري العبد واستحق المبيع من يد المشتري فإنه لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن، وإذا كان لا يرجع إليه حقوق البيع كأنه باع لنفسه، ولا تلزمه العهدة كأنه باع لنفسه كان مخبراً أو سفيراً عن الإمام في بيع الغنائم، وكان بمنزلة الرسول في البيع، والرسول في البيع إذا باع وضمن الثمن عن المشتري للمرسل صح الضمان حتى كان للمرسل أن يطالبه بذلك.

وإن كان الرسول بالبيع وكيلاً بقبض الثمن؛ لأنه ليس يقبض الثمن بحكم المالكية كأنه باع لنفسه، وإنما يقبض بحكم النيابة عن المرسل حتى لو نهاه المرسل عن القبض صح نهيه، ولا تلزمه العهدة متى استحق المبيع من يد المشتري أو رد عليه بالعيب، فمتى صحت الكفالة لا يصير ضامناً لنفسه عن نفسه باعتبار ما له من المطالبة؛ لأن المطالبة بالثمن لغيره لا له، ولا يصير ضامناً الثمن كملاً لرجلين للبائع وللمستحق باعتبار العهدة؛ لأن العهدة لا تلزمه عند الاستحقاق والرد بالعيب، وكان كالأب إذا زوج الصغير امرأة، وضمن المهر عن الصغير للمرأة صح الضمان؛ لأنه لا يرجع إليه حقوق العقد، وكان

بمنزلة الرسول، فصحت الكفالة منه فكذلك هذا، وإذا صح الضمان متى أدى الثمن إلى الإمام هل يرجع بذلك على المشتري؟ إن كان كفل بأمره فإنه يرجع بذلك عليه، وإن كفل عنه بغير أمره لا يرجع، وكان متطوعاً، وكان الجواب فيه كالجواب في غيره من الكفلاء.

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع وكفل الثمن عن المشتري لموكله؛ ذكر أن الكفالة لا تصح، وكان الثمن على المشتري للبائع يأخذه الوكيل فيدفع إليه، وهنا قال: تصح الكفالة عن المشتري بالثمن، ووجه الفرق بينهما: أن حقوق البيع ترجع إلى الوكيل بالبيع كأنه باع لنفسه حتى لو مات الموكل كان له أن يقبض الثمن من المشتري، ولذلك لو نهاه عن القبض لا يعمل نهيه، ولذلك تلزمه العهدة كأنه باع لنفسه، فإن المبيع متى استحق من المشتري وكان المشتري دفع الثمن إلى الوكيل وهلك عنده كان للمشتري أن يرجع على الوكيل بالثمن؛ كأنه باع ملك نفسه.

وكذلك لو وجد به عيباً فرده، وكان الوكيل قبض الثمن، وهلك عنده، فإذا كان حقوق البيع ترجع إليه، وتلزمه العهدة عند الاستحقاق، فلو صحت كفالته عن المشتري فباعتبار أن الحقوق له، والمطالبة بالثمن له كأنه باع لنفسه، ويكون ضامناً الثمن لنفسه عن نفسه، ومن ضمن لنفسه عن نفسه كان الضمان باطلاً، وباعتبار أن العهدة تلزمه متى صحت الكفالة صار البائع ضامناً الثمن؛ إما للموكل أو للمشتري، فإنه يضمن للموكل قبل ظهور الاستحقاق، والرد بالعيب للمشتري.

ولا يجوز أن يضمن الرجل الواحد مالاً لأحد رجلين؛ لأن المضمون له يكون مجهولاً، وإنما لم ترجع حقوق البيع إلى أمين الإمام في بيع الغنائم؛ لأنه ثابت عن الإمام، والإمام لو باع كان لا يرجع إليه الحقوق حتى لو مات الإمام وولى آخر كان قبض الثمن إلى الثاني، فلذلك لا ترجع الحقوق إلى نائب الإمام، وإذا لم ترجع إليه الحقوق ولم تلزمه العهدة كان بمنزلة الرسول، والرسول في البيع إذا ضمن الثمن للمرسل صح ضمانه، فكذلك هذا.

وكذا الجواب في القاضي: إذا باع مال اليتيم أو أمينه إذا ضمن الثمن عن المشتري للصغير صح الضمان؛ لأنه لا ترجع إليه الحقوق، وكذلك أمينه، والوالد لا يجوز ضمانه ثمن ما باع لولده، ومدار الفرق على العهدة، والحقوق والعهدة فيما يبيع أمين الإمام من الغنائم لا تكون عليه، كما في أمين القاضي يبيع مال اليتيم، فإنه لا تكون عليه العهدة، وإنما تكون العهدة في مال اليتيم، فإن كانت الغنائم قسمت وتفرق أهلها فالعهدة تكون في بيت المال؛ لأنه تعذر الرجوع في الغنيمة وعلى الغانمين لتفرقهم في البلاد، فيرجع في بيت المال لما ذكرنا أن الفضل من الغنيمة التي تعذر قسمتها بين الغانمين توضع في بيت المال، فالغرم يجب في مال بيت المال؛ ليكون الخراج بالضمان، وبه ختم.

نوع آخر

الإمام إذا تولى بيع الغنائم لنفسه، أو ولاه بعض أمنائه وخمّس أثمانها، وقسم أربعة الأخماس بين الغانمين، وقسم الخمس بين المساكين، ثم إن رجلاً من المشترين وجد

بجارية اشتراها من [٧٠أ/ ٢] الغنيمة عيباً لا يدري أكان بها يوم اشتراها، أو لا؛ حتى احتاج المشتري إلى إثبات أن هذا العيب كان بها يوم اشتراها، فلا خصومة له مع البائع، وهو الإمام ونائبه، ولكن ينصب القاضي خصماً للمشتري، وإنما لا يكون له مع البائع خصومة، أما إذا كان البائع هو القاضي؛ لأن القاضي في بيع الغنائم بمنزلة الرسول حتى لا ترجع إليه حقوق العقد؛ كأنه باع لنفسه، وإنما يستوفي الحقوق على طريقة النيابة عن الغانمين كالرسول في باب البيع إذا أمر باستيفاء الحقوق وإيفائه، ولا يلزمه العهدة أيضاً، كأنه باع لنفسه؛ لأن بيع الغنيمة من الإمام حكم منه، ولو رجع إليه العهدة ولزمه الحقوق خرج بيعه عن أن يكون حكماً، ولا يصح؛ لأن الإنسان لا يصلح قاضياً في ماله، ولا فيما كان خصماً فيه؛ كما لا يصلح شاهداً، فلهذه الضرورة تباعدت العهدة والحقوق عن الإمام.

وإذا عرفت هذا في حق الإمام كذا في حق أمينه؛ لأن أمينه قائم مقامه، قلنا: والرد بالعيب من العهدة فيتباعد عن الإمام وأمينه، فتعذر للمشتري الخصومة مع الإمام وأمينه، وتعذر الخصومة مع من وقع العقد له، وهم الغانمون لكثرتهم، وتفرقهم في البلدان ينتصب القاضي خصماً ليخاصمه، ويصل إلى حقه، بخلاف الوكيل من جهة الموكل إذا باع ووجد المشتري بالمبيع عيباً، فإن القاضي لا ينتصب خصماً للمشتري؛ لأن هناك أمكن للمشتري الخصومة مع الوكيل؛ لأن الحقوق والعهدة راجعة إلى الوكيل؛ لأنه لم يبع بحكم الإمارة حتى تتباعد عنه العهدة، وإذا أمكنه خصومة الوكيل لا حاجة إلى نصب خصم آخر.

وكذلك إن مات الوكيل قبل أن يرد المشترى عليه بالعيب، فالقاضي لا ينتصب خصماً للمشتري وإن لم يكن للوكيل وصي ولا وارث؛ لأنه يمكن للمشتري الخصومة مع من وقع العقد له وهو الموكل؛ لأنه معلوم، فلا حاجة إلى نصب الخصم، بخلاف ما تنازعا فيه، وبان مسألة الوكيل من مسألتنا، أن لو مات الوكيل والموكل قبل الخصومة، وليس لهما وارث ولا وصي فهناك القاضي ينصب خصماً للمشتري.

وإذا كان للإمام أن ينصب خصماً للمشتري في مسألتنا كان له الخيار؛ إن شاء جعل أمينه الذي باع خصماً له، وإن شاء نصب خصماً آخر، فإذا أقام المشتري البينة على الذي نصبه أن هذا العيب كان لها يوم الشراء؛ ردها اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت عياناً، فبعد ذلك ينظر إن تفرق الجند فالإمام يبيع الجارية، ويبين عيبها، ويأخذ الثمن من المشتري الثاني، ويدفعه إلى المشتري الأول، فإن كان الثمن الثاني مثل الثمن الأول يخيره، وإن كان أقل أعطاه النقصان من مال بيت المال، وإن كان الثمن الثاني . . . .[1] أزيد وضع الزيادة في مال بيت المال، وإن كان الجند لم يتفرقوا فالإمام يأخذ ثمن الجارية من ذلك الثمن، ويدفعه إلى المشتري، وإن لم يكن للمشتري بينة وأقر الخصم بالعيب لا يصح إقراره، ولا ترد عليه بالعيب.

---

(١) بياض بالأصل.

فرق بين هذا وبين الوكيل بالخصومة في الرد بالعيب، إذا أقر بالعيب على موكله حيث يجوز إقراره، ويرد عليه لحكم إقراره، والفرق: أن في مسألتنا الخصم صار نائباً عن الغانمين بإنابة الإمام، والإمام لو أقر على الغانمين بالعيب لا يصح إقراره؛ لأنه يقر على نفسه، فكذا يصح إقرار الوكيل عليه أيضاً، والله أعلم بالصواب، وبه ختم الفصل.

في الحربي يدخل دار الإسلام، فيشتري عبداً مسلماً، فيدخله دار الحرب، وفي العبد الحربي يسلم في دار الحرب، ثم يخرج إلى دار الإسلام مراغماً لمولاه، أو غير مراغم له

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: وإذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان، فاشترى عبداً مسلماً جاز الشراء عندنا، ويخير على بيعه، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز الشراء؛ وهذا لأن الأمان بالمؤقت جعلت خلفاً عن الذمة في حق الأحكام، والذمي إذا اشترى عبداً مسلماً جاز الشراء عندنا، ويخير على بيعه، وعنده لا يجوز الشراء، فكذا هذا، والمسألة موضعها كتاب «البيوع»، وإذا جاز الشراء عندنا فقبل أن يخير على بيعه أدخله دار الحرب، قال أبو حنيفة رحمه الله بأنه يعتق، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأنه لا يعتق.

أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ذهبا في ذلك إلى أن العبد بمجرد الإسلام إنما يستحق الإزالة عن ملك الكافر كيلا يبقى تحت ذل الكافر؛ إما بالبيع إن أمكن البيع، أو بما هو بمعنى البيع إذا تعذر البيع، وهي الكتابة، كما في أم ولد النصراني إذا أسلمت تجعل مكاتبة، وإنها بمعنى البيع حتى كانت قابلة للفسخ، وملكها المكاتب كما يملك البيع.

فأما الإزالة بالعتق فإنه لا يستحقه العبد بمجرد الإسلام، ألا ترى أن المستأمن ما دام في دار الإسلام لا يستحق الإزالة عن ملكه بالعتق، فكذا بعدما أدخله دار الحرب، والدليل عليه ما قالوا في المرتد إذا لحق بعبيده وجواريه بدار الحرب وهم مسلمون، فإنهم لا يعتقون بإدخاله دار الحرب، وإن وجبت الإزالة عن ملكه نفياً للاستذلال عن المسلم؛ لأن الإزالة [٧٠ب/ ٢] عن ملكه بالعتق ما كان مستحقاً للعبد في دار الإسلام، فلم يستحق الإزالة بالعتق بإدخاله دار الحرب، فكذلك هذا، وهذا بخلاف ما لو خرج عبد الحربي إلى دار الإسلام مسلماً، أو ذمياً مراغماً لمولاه، فإنه يعتق؛ لأن ذلك العبد ما استحق العتق بمجرد الإسلام، وإنما استحقه بالإسلام وبإحراز نفسه بدار الإسلام قاهراً لمولاه، ولم يوجد فيما نحن فيه إحراز نفسه بدار الإسلام قاهراً لمولاه؛ إنما وجد مجرد الإسلام، وبمجرد الإسلام لا يستحق الإزالة عن ملك الكافر بالعتق، وإذا لم يستحق العبد الإزالة عن ملك الكافر بالعتق بمجرد الإسلام لم يحتج إلى أن يقيم إحرازه بدار الحرب الذي له أثر في إزالة الملك مقام العتق.

فأما أبو حنيفة رحمه الله ذهب في ذلك إلى أن العبد المسلم استحق الإزالة عن ملك الكافر كيلا يبقى تحت ذل الكافر بالبيع إن أمكن، أو بما هو بمعنى البيع إن تعذر

البيع لا بالعتق ما دام المولى في دار الإسلام؛ لأنه ما دام المولى في دار الإسلام فهو مستأمن، والمال المستأمن من الحرمة بالمال الذمي، فوجب الإزالة بعوض، إما بالبيع إن أمكن أو بالكتابة متى تعذر البيع.

فأما بعدما أدخله المولى دار الحرب، فإنه لا يستحق الإزالة بالعتق؛ لأنه لم يبق لماله حرمة بعد إدخاله دار الحرب، ألا ترى أن له أن يقيم ماله بعد إدخاله دار الحرب، وإذا لم يبق لماله حرمة لم تجب الإزالة بعوض حقاً للمولى، ووجبت الإزالة بغير عوض حقاً للعبد، وليس ذلك إلا الإزالة بالعتق، وقد تعذر الإزالة بالعتق من حيث القضاء بالعتق عليه بعدما أدخله دار الحرب؛ لأن قضاء القاضي لا ينفذ على من كان في دار الحرب، فأقيم إحرازه بدار الحرب، وله أثر في إزالة الملك في الجملة، فإن ملك المسلم يزول إلى الكافر بالإحراز بدار الحرب مقام القضاء بالعتق.

فإن لم يكن الإحراز بدار الحرب سبباً لزوال ملك الكافر كما قلنا في الحربية إذا أسلمت في دار الحرب فإنها تبين من زوجها بمضي ثلاث حيض، ومضي ثلاث حيض قبل الطلاق لا أثر له في إيجاب العدة بحال، ولكن لما كان لها أثراً بحال وهو ما بعد الطلاق الرجعي أقيم مقام القضاء بالفرقة، وإن لم يكن لها أثر في الفرقة في مثل هذه الحالة، فكذلك هنا إحراز الكافر المال بدار الحرب لما كان سبباً لزوال الملك بحال أقيم مقام القضاء بالإزالة وإن لم يكن مزيلاً على الحقيقة في مثل هذا الموضع، وهذا بخلاف المرتد، وذلك؛ لأن مال المرتد يصير ملكاً للورثة من وقت الردة متى قضى القاضي باللحوق.

وإذا صار ملكاً لهم كان لهم حق الأخذ أينما وجدوه، فلو حكمنا بعتق العبد كان في ذلك إبطال حق المسلم، وحقه محترم.

والعبد إنما يستحق الإزالة بالعتق إذا لم يكن في العتق إبطال حق محترم، فأما إذا كان فيه إبطال حق محترم فإنه لا يستحق الإزالة بالعتق كما في دار الإسلام، فأما في المتنازع فيه لو استحق الإزالة بالعتق لم يكن فيه إبطال حق محترم على أحد إنما فيه إبطال حق الحربي لا غير، ولا حرمة لحقه، فلو أن هذا الحربي بعدما دخل دار الحرب مع هذا العبد أصابه المسلمون في غارة أعادوها، فإنه لا يكون قناً بل يكون حراً لا سبيل عليه، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن على قوله عتق هذا العبد كما أدخله الحربي دار الحرب، فالإغارة تقع على حر مسلم، والقهر لا يفيد الملك على الحر المسلم كحر الأصل، فأما على قولهما بقي عبداً مملوكاً، فيملك بالإغارة، ولا يعتق بالإغارة عندهما؛ لأنه لا يستحق الإزالة بالعتق نصاً للاستدلال عن ذل الكافر حتى تقام الإغارة الذي لها أثر في إزالة الملك مقام الإعتاق.

ولو كان للحربي عبد في دار الحرب فأسلم، ثم ظهر المسلمون على تلك الدار عتق عندهم؛ لأنه عبد مسلم لحربي أحرز نفسه بدار الإسلام فيعتق؛ كما لو خرج إلينا مسلماً مراغماً لمولاه على ما يأتي بيانه بعد إن شاء الله تعالى.

فلو أن مولاه أسلم قبل أن يظهر عليه المسلمون بقي عبداً له عندهم جميعاً؛ لأن العبد بعد الإسلام بقي ملكاً له عندهم جميعاً؛ لأنه لم يوجد ما له أثر في الإزالة عند أبي حنيفة رحمه الله ليقوم مقام القضاء بالعتق، وعندهما لم يستحق الإزالة بالعتق فبقى عبداً له، وقد قال النبي عليه السلام: «من أسلم على ماله، فهو له»[1]، فأما إذا باعه الحربي من مسلم في دار الحرب، أو وهبه من مسلم؛ قال أبو حنيفة رحمه الله: فإنه يعتق، ولا يصير ملكاً للمسلم، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق ويصير ملكاً للمسلم، وهذا بناءً على ما قلنا: إن عندهما لا تستحق الإزالة بالعتق بمجرد الإسلام حتى يقام البيع الذي له أثر في الإزالة مقام القضاء بالعتق.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: العبد في دار الحرب ما دام مولاه في دار الحرب حربياً استحق الإزالة بالعتق؛ لأنه لا حرمة لماله، وإذا استحق الإزالة بالعتق متى لم يقم البيع الذي له أثر في الإزالة في الجملة مقام العتق أبطلنا حق العبد في العتق، وهذا لا وجه له، بخلاف ما لو كان في [٧١أ/ ٢] دار الإسلام؛ لأن هناك استحق الإزالة إما بالبيع، أو بما هو بمعناه لا بالعتق، وهنا استحق الإزالة بالعتق، وهذا مما يبطل متى لم يقم البيع مقام العتق، ولا يلزم على هذا العبد المسبي من المسلم؛ لأن للمالك القديم حق الأخذ، ويبطل هذا الحق متى أقمنا البيع مقام العتق، والعبد إنما يستحق الإزالة بالعتق إذا لم يكن في العتق إبطال حق محترم، بخلاف ما لو كان العبد ملكاً في الأصل فإنه لا حق لأحد فيه، فليس في إقامة البيع مقام العتق إبطال حق محترم على أحد.

قال محمد في «الجامع الصغير:» في عبد لحربي أسلم في دار الحرب وخرج إلينا مراغماً لمولاه فهو حر؛ لأنه استولى على نفسه، وأحرزه بدار الإسلام، ولو استولى على مال آخر للمولى وأحرزه بدار الإسلام ملكه، فكذا إذا استولى على نفسه يملك نفسه، والعبد إذا ملك نفسه يعتق، ولهذا لا يثبت الولاء عليه لأحد.

والأصل في ذلك: ما روي أن رسول الله عليه السلام حين حاصر أهل الطائف؛ خرج جماعة من عبيدهم إليه ثم جاء مواليهم وأسلموا وطلبوا من رسول الله عليه السلام أن يردهم عليهم، فقال عليه السلام: «هم عتقاء الله»[2]، ولذلك لو لم يسلم ولكن خرج إلينا ذمياً مراغماً لمولاه، وكذلك إذا أسلم في دار الحرب ولم يخرج إلينا حتى ظهرنا على الدار؛ لأن العبد صار محرزاً نفسه بمنعة المسلمين؛ لأنه صار محرزاً بمنعة المسلمين ويده إلى نفسه أسبق، فصار محرزاً نفسه بمنعة المسلمين، فيعتبر بما لو أحرز نفسه بدار الإسلام، وهناك يعتق، فهنا كذلك.

---

(١) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٠، وروي الحديث بلفظ: «من أسلم على شيء فهو له» أخرجه بهذا اللفظ المتقي الهندي في كنز العمال ١١٠٢٠، والبيهقي في السنن الكبرى٩/ ١١٣.

(٢) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٧٠٠، والبيهقي في السنن الكبرى ٩/ ٢٢٩، والحاكم في المستدرك ٢/ ١٢٥، والمتقي الهندي في كنز العمال ٣٠١٣٨.

هذا إذا خرج مراغماً لمولاه، فأما إذا خرج غير مراغم لمواه ومعه مال لمولاه، أو لا مال معه لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في «الجامع الصغير»، وذكر في آخر «السير الكبير»: أنه عبد لمولاه على حاله؛ لأنه ما قصد إحراز نفسه على مولاه ههنا، فلا يملك نفسه، ولكن الإمام يبيعه، ويبقي ثمنه، وما في يده من مال لمولاه حتى يجيء مولاه فيأخذه؛ لأنه لو كان المولى حاضراً كان مجبراً على بيعه، فالمملوك المسلم لا يترك في يد الكافر.

فإذا كان هو في دار الحرب، ومن في دار الحرب في حكم الميت كان للإمام ولاية بيعه، ثم كان ينبغي أن يكون ما معه من المال فيئاً؛ لأنه ما استأمن هو ولا مولاه في ذلك المال، ومال الحربي إذا حصل في دارنا بغير أمان يكون فيئاً، ولكنه قال: إذا أخرجه هذا العبد المسلم على قصد العمل فيه لمولاه فكأنه أعطاه الإمام في ذلك المال بعدما حصل في دار الإسلام، وأمانه بعدما حصل في دار الإسلام كان كغيره من المسلمين، فلهذا يجب حفظ ذلك المال على مولاه.

ولو أسلم المولى أولاً وخرج إلى دار الإسلام، ثم تبعه عبده بعد ذلك مسلماً أو كافراً، فهو عبد له؛ لأنه حين أسلم في دار الحرب فقد صار محرزاً لماله من وجه، ألا ترى أنه لو ظهر المسلمون على الدار كان هو أحق، فخروج العبد بعد ذلك، ويكون إتماماً لذلك الإحراز، فلهذا كان مملوكاً له على حاله سواء خرج مسلماً أو كافراً، ولو كان المولى أسلم في دار الإسلام، ثم أسلم عبد من عبيده في دار الحرب وخرج مسلماً؛ فإن كان خرج يريد مولاه فهو عبد له لما بينا أنه قصد إحراز نفسه له لا عليه، وإن خرج مسلماً أو ذمياً على أن يكون حراً، ولا يريد أن يكون مملوكاً لمولاه فهو حر؛ لأن الذي أسلم في دار الإسلام لا يكون محرزاً لشيء من ماله الذي في دار الحرب؛ ألا ترى أنه لو ظهر المسلمون على الدار كان جميع ماله فيئاً، فكان حاله الآن كحال المراغم الذي يخرج بمال مولاه، وقد بينا أن هناك هو محرز نفسه، وما معه من المال على مولاه، فإن اختلفا بعد خروجه، فقال العبد: خرجت مراغماً لمولاي، وقال المولى: إنما خرج إلى نفسه وماله، فالقول قول المولى؛ لأنه يتمسك بالأصل، وهو الملك الثابت له في نفسه، وفيما معه من المال؛ ولأن الظاهر شاهد له، فالعبد المسلم لا يكون مراغماً لمولاه المسلم حتى يتبين ذلك منه، والقول قول من يشهد له الظاهر، والله أعلم.

فصل في سهام الفرسان والرجالة

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في بيان مقدار سهم الفارس، قال أبو حنيفة رحمه الله: يضرب للفارس سهمان: سهم له، وسهم لفرسه، وقال: لا أجعل سهم الفرس أفضل من سهم الرجل المسلم، وهو قول أهل العراق وأهل البصرة، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: يضرب للفارس ثلاثة أسهم: سهمان لفرسه وسهم له، وهو قول أهل الحجاز

والشام، والأخبار قد تعارضت في المسألة، بعضها يشهد لأبي حنيفة، وبعضها يشهد لهم، فلا بد من الترجيح.

ووجه الترجيح لهم: أن مغازي رسول الله كانت بجانب الشام والحجاز دون العراق، فكان علماء الشام أعرف بمغازي رسول الله عن علماء العراق، فكان الأخذ بقولهم أولى. وجه الترجيح لأبي حنيفة: أن الأخبار التي تشهد له موافقه للقياس في أصل السهم وفي السهم الزائد، أما في أصل السهم: فإن الفرس آلة من آلات الحرب يستعان به في الحرب، فقياسه على سائر الآلات نحو الدرع والرمح، وما أشبه ذلك [٧١ب/ ٥] أن لا يسهم له لكن تركنا القياس في أصل سهم واحد لاتفاق الأخبار عليه، ففي السهم الزائد يعمل بقضية القياس، وأما في السهم الزائد: فلأن القياس يأبى التسوية فضلاً من التفضيل؛ لأن الآدمي أصل في هذا الباب والبهيمة تبع؛ وهذا لأن الاستحقاق بالإصابة والقتال، والرجل يقاتل وحده، والبهيمة لا، والقياس يأبى التسوية بين المتبوع والتبع، فكيف التفضيل، لكن تركنا القياس في حق التسوية بينهما لاتفاق الأخبار في حق التسوية بينهما، فأما في التفضيل فلا اتفاق في الأخبار، فيرد التفضيل إلى ما يقتضيه القياس، ألا ترى كيف لم يسوِّ بينهما في حق بطلان السهم لهلاك صاحبه؛ حتى إن هلك الفرس في دار الحرب لا يبطل سهم الفرس إذا كان الفارس حياً.

وإن كان الهلاك قبل القسمة وهلاك الفارس في دار الحرب قبل القسمة يوجب بطلان سهمه، وكان ذلك منا عملاً بالقياس، وما قالا من وجه الترجيح فذاك ليس بصحيح؛ لأن الحجاز والشام إن كان موضع مغازي رسول الله عليه السلام فالعراق موضع مغازي أصحابه، وأصحابه أخذوا سير المغازي منه، فيكون العراق والحجاز والشام من هذا الوجه سواء.

ولا يسهم إلا لفرس واحد وإن قاد الغازي مع نفسه أكثر من الواحد وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو قول أهل العراق والحجاز، وقال أبو يوسف: يسهم بسهم لفرسين وهو قول أهل الشام، والأخبار قد تعارضت في هذا، فلا بد من الترجيح، ووجه الترجيح لأبي يوسف أن الأخبار التي تشهد له فيها زيادة سهم ليست تلك الزيادة في الأخبار التي تشهد لهما، فكان الأخذ بها أولى، والمعنى في المسألة أن المبارز قد تحتاج إلى فرسين للقتال حتى إذا كلَّ أحدهما قاتل على الآخر، وهذه عادة معروفة فيما بين المبارزين، فكان ملتزماً مؤنه الفرسين للقتال، ولمنفعه المسلمين، فيستحق السهم لهما، وما زاد على ذلك غير محتاج إليه للقتال، فلا يستحق السهم له.

ووجه الترجيح لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله من وجهين:

أحدهما: ما أشار إليه محمد رحمه الله، فقال: اتفق أهل العراق والحجاز أنه لا يسهم إلا لفرس واحد، ويعود أهل الشام في أنه يسهم لفرسين، فكان الأخذ بما اجتمع عليه أهل العراق والحجاز أولى، **والثاني**: أن ما روى أبو حنيفة ومحمد موافق للقياس؛ لأن القياس أن لا يسهم للفرس أصلاً؛ لكن تركنا القياس في سهم فرس واحد لاتفاق

الأخبار عليه، ففيما زاد على ذلك يوجد بقضية القياس.

ولا يفضل العراب على البراذين في الإسهام، وهذا قول علمائنا رحمهم الله، وهو قول أهل العراق والحجاز والبصرة، وقال أهل الشام: يفضل، والأخبار قد تعارضت في هذا الباب في الترجيح لأخبارنا، فقد عمل به أهل العراق والبصرة والحجاز ولأن أخبارنا موافقة للقياس؛ لأن البرذون مما يستعان به في الحرب كالعربي، والعربي إن كان له ضرب مزية من حيث أنه أجد في الطلب والهرب فللبرذون ضرب مزية من حيث إنه ألين للعطف وأصبر على القتال، فاستويا من هذا الوجه، وكذا يستويان في المؤنة، فيستويان في السهم مع وصاحب البغل والحمار والبعير، ولا يمكن أن يجعل الأثر الوارد في الفرس وارداً في البغل وأمثاله؛ لأن هذه الدواب مما لا يستعان بها في الحرب غالباً وظاهراً، وإنما يستعان بها بحمل الأثقال، ولا تصلح هذه الدواب لما تصلح له الفرس من الكر والاتباع والفرّ وبه ختم.

نوع آخر

ومن دخل دار الحرب فارساً ونفق فرسه، وقاتل راجلاً حتى غنموا، فله سهم الفرسان عندنا؛ خلافاً للشافعي، وحاصل الخلاف في هذه المسألة راجع إلى أن العبرة في استحقاق سهم الفرسان والرجالة لحال مجاوزة الدرب، لا لحال شهود الوقعة عندنا، وعنده للعبرة بحال شهود الوقعة لوجهٍ لنا في ذلك أثر عمر رضي الله عنه، فإنه روي أنه قال في الغازي: إذا نفق فرسه بعدما جاوز الدرب فارساً أسهم له بسهم الفرسان، ولأن سبب الاستحقاق في الأصل القتال؛ لأن الإصابة به، لكن تعذر بناء الحكم على حقيقة القتال فارساً وراجلاً، إما لأن من الشجعان من ينزل حال القتال ومنهم من يركب، أو لأن القتال ربما يقع في مسحرة أو مضيقة، ويحتاجون إلى النزول، أو لأن الإمام في حالة القتال يكون مشغولاً بنفسه، فلا يتفرغ بمطالعة الجيش لكتبة أساميهم فارساً وراجلاً، فبعد ذلك يقول: إما أن يبنى الحكم على شهود الوقعة، أو على مجاوزة الدرب؛ لأن كل واحد منهما سبب يفضي إلى القتال وإلى الإصابة، وعند تعذر بناء الحكم على الحقيقة يبنى الحكم على السبب المفضي إليه، وكان بناء الحكم على مجاوزة الدرب أولى؛ لأنه كما يتعذر [على] الإمام الوقوف على حال كل مقاتل عند حقيقة القتال يتعذر الوقوف على حاله عند شهود الوقعة؛ لأنه يكون مشغولاً بنفسه في تلك الحالة، فلا يتفرغ لكتبة أسامي المقاتلين فارساً وراجلاً، أو إن كان يمكنه ذلك ولكن لا شك أنه يتعسر عليه ذلك، والحكم إنما ينقل عن [٧٢أ/ ٢] حقيقة متعذرة إلى سبب متيسر لا إلى سبب متعذر أو متعسر، والسبب المتيسر مجاوزة الدرب؛ لأن مجاوزة الدرب حال فراغ الإمام، فيمكنه مطالعة الجيش وكتبة أساميهم، فكانت العبرة لحال مجاوزة الدرب فأثبتنا الحكم عليه.

إذا ثبت هذا فنقول: الذي جاوز الدرب فارساً ونفق فرسه وجد سبب استحقاق سهم الفرسان في حقه فيستحق ذلك، هذا إذا نفق فرسه بعدما جاوز الدرب فارساً، فأما إذا باع فرسه وقاتل راجلاً؛ ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة: يستحق سهم الفرسان لما

ذكرنا أن العبرة لمجاوزة الدرب، وقد جاوز الدرب فارساً، وفي ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله: لا يستحق سهم الفرسان؛ لأن الحكم يبنى على مجاوزة الدرب على قصد القتال لا على مطلق المجاوزة؛ لأن الحكم إنما يبنى على مجاوزة الدرب لكونها سبباً مفضياً إلى القتال ولكونها دالاً عليه، والذي يفضي إلى القتال ويدل عليه المجاوزة على قصد القتال، وببيع الفرس يتبين أن قصده من مجاوزة الدرب .....[1] بالفرس لا القتال بالفرس، فلم يبن الحكم على المجاوزة في حقه، وأما إذا باع الفرس بعد القتال فارساً يستحق سهم الفرسان، وهذا ظاهر؛ لأن ببيع الفرس بعد القتال عليه لا يتبين أنه لم يكن من قصده مجاوزة الدرب بالفرس والقتال عليه.

وأما إذا باع فرسه في حالة القتال لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الكتاب»، وقد اختلف المشايخ فيه؛ منهم من قال: لا يسقط سهم الفرس؛ لأن بيع الفرس في هذه الحالة لإظهار المبالغة في الحرب؛ لأن بيع الفرس في هذه الحالة مخاطرة بالروح، فهو بالبيع في هذه الحالة يرى العدو أنه عازم على القتال غير عازم على الفرار أصلاً، فلا يتبين بهذا البيع أنه لم يكن من قصده عند مجاوزة الدرب بالفرس القتال على الفرس.

ومنهم من قال: يسقط سهم الفرس؛ لأن تأخيره بيع الفرس من وقت مجاوزة الدرب إلى هذه الحالة يحقق قصد التجارة بالفرس؛ لأن الفرس في هذه الحالة يكون أعز، والمشتري يكون فيه أرغب، ومن عادة التجار إمساك مال التجارة إلى وقت عزته، وإذا جاوز الدرب راجلاً ثم اشترى فرساً وقاتل عليه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله أنه له سهم فارس؛ لأنه قاتل فارساً حقيقة، وعرف الإمام ذلك منه، وقد أثبتنا استحقاق سهم الفرسان عند مجاوزة الدرب فارساً لكونها سبباً للقتال فارساً، فإذا وجد حقيقة القتال فارساً أولى أن يثبت به استحقاق سهم الفرسان.

وفي ظاهر الرواية: لا يستحق سهم الفرسان؛ لأنه لما تعذر الوقوف على حقيقة القتال فارساً وراجلاً سقط اعتباره في حق بناء الحكم عليه، ودار الحكم مع المجاوزة التي هي سبب القتال وجوداً وعدماً، ولو جاوز الدرب فارساً ثم قاتل راجلاً في سفينة، أو على باب حصن، أو في المشاجر والمضائق، فإنه يستحق سهم الفرسان بناءً على ما قلنا.

ومن جاوز الدرب بفرس لا يستطيع القتال عليه إما لكبره أو لصغره بأن كان مهراً لا يركب عليه لا يستحق سهم الفرسان؛ لأنه لا يستعان في القتال بمثل هذا الفرس، فكان في حق الإسهام وجوده وعدمه بمنزلة.

وإن كان مريضاً بحيث لا يُستطاع القتال عليه بأن أصابه وقصة أو ظلع فجاوز الدرب، ثم زال المرض وبرىء، وصار بحال يقاتل عليه، وكان ذلك قبل إصابة الغنائم، فالقياس: أن لا يسهم للفرس، وفي الاستحسان: يسهم له.

---

(١) بياض بالأصل.

وجه القياس: أن العبرة عندنا لحال مجاوزة الدرب، وحال مجاورة الدرب كان الفرس بحال لا يصلح للقتال عليه، فهو بمنزلة ما لو جاوز الدرب بالمهر، وطال مكثه في دار الحرب إلى أن بلغ المهر، وصار بحال يستطاع القتال عليه، وهناك لا يسهم للفرس؛ كذا ههنا.

وجه الاستحسان: أن المرض مما يتوهم زواله في كل ساعة وزمان، والعارض إذا كان يتوهم زواله في كل ساعة وزمان، فمتى زال يجعل من حيث الحكم كأنه لم يكن، فإذا برىء الفرس جعل كأنه جاوز الدرب بفرس يستطاع القتال عليه، فيستحق سهم الفرسان، وإن مات ولم يبرأ تبين أنه جاوز الدرب بفرس لا يستطاع القتال عليه، فلا يستحق سهم الفرسان، وهذا بخلاف ما إذا كان مهراً وقت المجاوزة ثم بلغ؛ لأن الصغر وإن كان عارضاً يتوهم إلا أنه يزول بعد مدة مدبرة، ومدة زوال العارض إذا كان مما يمثل فإنه يلحق شرعاً بعارض لا يتوهم زواله، ألا ترى أن الصغيرة إذا طلقها زوجها تعتد بالأشهر، وإن كان الصغر مما يزول وتصير بعد زوال الصغر ممن تحيض.

ولكن قيل: إن هذه . . . .[1] مدبرة فالتحقت بالكبر الذي لا يتوهم زواله، فأما المرض مما يتوهم زواله في كل ساعة، فعند زواله يحصل كأنه لم يكن، ألا ترى أن المطلقة إذا كانت ممن تحيض فارتفع حيضها لعلة ولم تدخل حد الإياس بعد؛ لا يجوز لها أن تعتد بالأشهر، ولو اعتدت بالأشهر ثم حاضت؛ تعتد بالحيض؛ لأن العلة مما يتوهم زوالها في كل ساعة، فإذا [٧٢ب/ ٢] زالت تجعل كأن لم يكن، ولو طال مكثهم في دار الحرب حتى بلغ المهر، وصار صالحاً للركوب فقاتل عليه لا يستحق سهم الفرسان؛ لأن العبرة لحال مجاوزة الدرب، وحال مجاوزة الدرب هو لم يكن صالحاً لاستحقاق السهم، فلا يثبت استحقاق السهم بصلاحية تحدث بعد ذلك.

فإن قيل: ما ذكرتم من القاعدة أن العبرة في استحقاق سهم الفرسان والرجالة بمجاوزة الدرب يبطل بالعبد المأذون في القتال إذا جاوز الدرب يريد القتال مع مولاه، فأعتقه المولى ثم قاتل فإنه يستحق السهم لنفسه كاملاً، ولو كانت العبرة بمجاوزة الدرب لا يستحق الرضخ، قلنا: قصد القياس أن تكون العبرة بحالة القتال في الفصول كلها؛ تركنا القياس في حق استحقاق سهم الفرسان بحديث عمر، والنص الوارد في استحقاق سهم الفرسان بمجاوزة الدرب، وهلاك الفرس بعد مجاوزة الدرب، وشراء الراجل الفرس بعد مجاوزة الدرب يكثر وجوده لا يكون وارداً في فصل العتق، والعتق بعد مجاوزة الدرب لا يكثر وجوده، فيرد فصل العتق إلى أصل القياس.

وعلى هذا: الذمي إذا دخل الحرب بإذن الإمام، فقاتل مع الإمام أهل الحرب، ثم أسلم الذمي وقاتل، وأصابوا الغنائم، فإنه يستحق السهم كملاً، وتخريجه ما ذكرنا في أصل العبد، وبه ختم.

---

(١) بياض بالأصل.

ومما يتصل بهذا النوع: ولو أعتق العبد بعدما أصيب الغنائم يرضخ له فيما أصيب من الغنيمة قبل عتقه، وذكر في الذمي يقاتل مع الإمام أهل الحرب: إذا أسلم فإنه يضرب له سهم كامل فيما أصيب قبل إسلامه، والفرق: أنه لو أكمل بالسهم للعبد بما أصيب قبل العتق أكمل للمولى؛ لأن ما يصيبه قبل العتق يكون لمولاه، كما لو اكتسب مالاً بسبب آخر، ولا يجوز أن يزداد حق المولى بسبب حرية العبد؛ لأن لحرية العبد أثر في إبطال ما عليه للمولى لا في الزيادة، فلهذه الضرورة لم يكمل له سهم مما أصيب قبل عتقه.

هذا المعنى لا يتأتى في حق الذمي؛ لأن الحق قبل الإسلام وبعد الإسلام للذمي، فلو أكمل له بسهم لا يزداد بسبب إسلامه حق غيره، فأما ما أصيب بعد عتق العبد، فإنه قائماً يكمل له بسهم؛ لأن ما أصيب بعد عتق العبد يكون للعبد، ولا يكون لمولاه؛ كما لو اكتسب أكساباً، فلو أكمل له بسهم لا يزداد حق المولى بسبب عتق العبد، فلهذا افترقا.

ثم إن محمداً رحمه الله ذكر مسألة الذمي في موضعين؛ ذكر مع مسألة العبد على نحو ما بينا أنه يعطي له بسهم كامل مما أصيب قبل إسلامه، وذكر مع مسألة العبد أنه يرضخ له مما أصيب قبل إسلامه، واختلف المشايخ فيه منهم من قال: في المسألة روايتان، ومنهم من قال: ذكر أنه يرضخ له جواب القياس، وما ذكر أنه يعطى له سهم كامل جواب الاستحسان.

وجه القياس: ما ذكرنا أن العبرة في حق استحقاق سهم الفرسان والرجالة لحال مجاوزة الدرب، فكذا في حق استحقاق الرضخ والسهم الكامل يجب أن تكون العبرة لحال مجاوزة الدرب، وحال مجاوزة الدرب هو ذمي مستحق للرضخ.

وجه الاستحسان: ما ذكرنا أن القياس أن تكون العبرة في استحقاق سهم الفرسان والرجالة بحالة الإصابة لكن تركنا القياس بأثر عمر رضي الله عنه، والأثر الوارد في نفاق الفرس وأنه يكثر وجوده بعد مجاوزة الدرب لا يكون وارداً في استحقاق الكامل للذمي وإسلامه لا يكثر وجوده، فرد فضل الذمي إلى ما يقتضيه القياس.

ولو أن رجلاً من المسلمين دخل دار الحرب فارساً فقتل فرسه، وأخذ أسيراً قبل أن تصاب الغنيمة، ثم أصيبت غنائم، ثم انفلت الأسير، ثم أصابوا غنائم أخر بعد ذلك، فإنه يضرب له بسهم فارس في الغنيمتين جميعاً، أما في الغنائم التي أصيبت بعد لحوق الأسير بهم شارك العسكر في إصابة ذلك، وفي إحرازه بدار الإسلام، وأما في الغنائم التي أصيبت حال كونه في أيدي الكفرة، أما سهمه؛ فلأنه إن لم يشاركهم في الإصابة فيها شاركهم في الإحراز بدار الإسلام، وفي مجاوزة الدرب قاصداً إعزاز الدين وإعلاء كلمة الله تعالى؛ إلا أنه صار ممنوعاً عن المشاركة في إصابتها بعارض اعترض بسبب الحرب من أهل الحرب، فإنه يتوهم زواله في كل ساعة.

فإذا زال قبل الإخراج إلى دار الإسلام يجعل كان لم يكن، وكان معهم حال إصابة الغنيمة الأولى، وكان بمنزلة ما لو وجهه الأمير إلى أمر من أمور المسلمين، ثم إنهم

أصابوا غنائم حال غيبته، ثم لحق بهم شاركهم، وإن لم يشاركهم في الأخذ والإصابة؛ لأنه شاركهم في الإحراز بدار الإسلام وفي مجاوزة الدرب، وكان أيضاً بمنزلة ما لو مرض واحد من الغانمين بعدما جاوز الدرب فارساً وعجز عن القتال، ثم أصاب المسلمون غنائم حال مرضه، وهناك للمريض أن يشارك العسكر فيما أصابوا؛ لأنه شاركهم في الإحراز بدار الإسلام ومجاوزة الدرب، فكذلك ههنا وبل أولى؛ لأن المرض بسبب الحرب وأسره كان بسبب الحرب، ثم في مسألة الأسير يستوي أن يلقى معهم قتالاً بعد ذلك، أو لا يلقى في الحالين جميعاً، له حق المشاركة مع العسكر [١٧٣أ/ ٢] وفرقوا بين هذا وبينما إذا أسر الكفار رجلاً من دار الإسلام، وأدخلوه دار الحرب، ثم دخل عسكر من المسلمين دار الحرب، ثم انفلت هذا الأسير ولحق بهم، وأصاب العسكر غنائم بعدما لحق الأسير بهم، فإن لقي معهم قتالاً لا يشاركهم.

والفرق: أن في تلك المسألة الأسير لم يشاركهم في مجاوزة الدرب؛ قاصداً إعزاز الدين وإعلاء كلمة الله لا حقيقة ولا حكماً؛ حتى يكون من جملة العسكر، أما حقيقة: فلا إشكال، وأما حكماً: فإنه ما دخل دار الحرب لمعاونتهم، وإذا لم يشاركهم في المجاوزة لا حقيقة ولا حكماً كان بمنزلة التاجر الذي جاوز الدرب؛ لا لإعزاز دين الله بل للتجارة، والتاجر لا يشارك العسكر فيما أصابوا إلا إذا لقي معهم قتالاً، كذا ههنا.

أما في مسألتنا: الأسير شارك العسكر في مجاوزة الدرب لإعزاز دين الله تعالى، والمشاركة في مجاوزة الدرب على هذا الوجه، وفي الإحراز بدار الإسلام يكفي للمشاركة في الغنيمة وإن لم يشاركهم في القتال وأخذ الغنيمة كما لو وجهه الأمير إلى أمر من أمور المسلمين إذ مرض، فلو أن هذا الأسير لم ينفلت من أيديهم حتى خرج الجيش إلى دار الإسلام وأخرجوا الغنائم، ثم دخل جيش آخر من المسلمين دار الحرب، فانفلت الأسير منهم، ولحق بالجيش الثاني، والجيش الثاني قد أصابوا غنائم قبل لحاق الأسير بهم، وبعد لحاقه بهم فإنه لا يشاركهم فيما أصابوا قبل اللحاق بهم، وهل يشاركهم فيما أصابوا بعد اللحاق بهم؟ إن لقي معهم قتالاً شاركهم، وإن لم يلق لا يشاركهم.

والفرق بينهما: أن الأسير لم يشارك الجيش الثاني في مجاوزة الدرب لا حقيقة ولا حكماً، أما حقيقة: فلا إشكال، وأما حكماً: فلأن مجاوزته الدرب قاصداً إعزاز الدين ما كان لمعونة الجيش الثاني ونصرتهم؛ حتى يجعل مشاركاً إياهم في مجاوزة الدرب حكماً، فكان بمنزلة حربي أسلم في دار الحرب، ثم لحق بهم، وهناك لا يشاركهم فيما أصابوا قبل اللحاق بهم، وإنما يشاركهم فيما أصابوا بعد اللحاق بهم إذا لقي معهم قتالاً، فأما يشارك الجيش الأول في مجاوزة الدرب قاصداً إعزاز الدين فلإعلاء كلمة الله تعالى؛ لأنه كان معهم حال دخولهم دار الحرب في المشاركة في مجاوزة الدرب يكفي للمشاركة فيما أصابوا من الغنائم وإن لم يلق معهم قتالاً؛ كما لو مرض، أو بعثه الأمير لأمر من أمور المسلمين، ثم أصاب العسكر غنائم في حال غيبته.

فإن قيل: الأسير إن لم يشارك الجيش الثاني في مجاوزة الدرب فقد شاركهم في

الإحراز بدار الإسلام، والمشاركة في الإحراز بدار الإسلام تكفي للمشاركة في الغنيمة، ألا ترى أن المدد إذا لحق بالجيش في دار الحرب يشاركونهم في الغنيمة التي أصابوا قبل لحوقهم، وإنما يشاركونهم فيها لمشاركتهم إياهم في الإحراز بدار الإسلام، قلنا: المدد شارك الجيش في مجاوزة الدرب حكماً واعتباراً إن لم يشاركهم فيها حقيقة؛ لأن المدد إنما جاوز الدرب لمعونة العسكر ونصرتهم، فصار من حيث الحكم كأنه شاركهم في مجاوزة الدرب، فهو معنى قولنا: شاركهم في مجاوزة الدرب حكماً، وشاركهم في الإحراز بدار الإسلام أيضاً، فكفى ذلك بمشاركتهم إياهم في الغنيمة أما الأسير في مسألتنا لم يشارك الجيش الثاني في مجاوزة الدرب أصلاً لا حقيقة ـ وهذا ظاهر ـ ولا حكماً؛ لأنه ما دخل دار الحرب لمعونة الجيش الثاني ونصرتهم بقي مجرداً لمشاركته في الإحراز بدار الإسلام، وإنه لا يكفي لاستحقاق الغنيمة.

فرع على ما إذا لحق الأسير بالجيش الثاني،

إذا لحق بهم راجلاً، ولقي معهم قتالاً يعطى لهم سهم راجل، وإن لحق بهم فارساً يعطى له سهم فارس، فقد اعتبر في هذه الصورة في حق استحقاق سهم الفرسان، والرجالة حال لحوق الأسير بالجيش وفرق بين هذا وبينما إذا لحق هذا الأسير بالجيش الأول فإنه يعتبر في حقه في حق استحقاق سهم الفرسان والرجالة حال مجاوزة الدرب.

والفرق: أن الأسير شارك الجيش الأول في مجاوزة الدرب قاصداً إعزاز الدين، ومجاوزة الدرب بهذه الصفة كافية لاستحقاق سهم الفرسان والرجالة، أما ما شارك الجيش الثاني في مجاوزة الدرب ولم يكن من جملتهم في تلك الحالة وإنما صار من جملتهم حين التحق بهم، فيعتبر في حق استحقاق سهم الفرسان والرجالة في حقه حال التحاقه بهم، والله أعلم.

نوع آخر

وإذا حضر الرجل بفرس له ليدخل دار الحرب مع العسكر غازياً، فلما أرادوا أن يدخلوا أرض الحرب غصب رجل من المسلمين فرس الرجل، وأدخله دار الحرب، فلما استقر العسكر في دار الحرب وجد المغصوب منه فرسه، فأقام عليه البينة وأخذه من الغاصب، ثم غنموا غنائم، فالقياس أن لا يعطى للمغصوب منه سهم الفارس، وفي الاستحسان يعطي له سهم الفارس.

وجه القياس: أن [٧٣ب/ ٢] المغصوب منه جاوز الدرب راجلاً، وإنما وصل إليه الفرس بعدما جاوز الدرب، فهو بمنزلة ما لو جاوز الدرب راجلاً، ثم اشترى فرساً وقاتل فارساً.

وجه الاستحسان: أن المالك خرج من منزله فارساً مريداً الغزو فارساً وغزا فارساً؛ إلا أن الفرس زال عن يده فيما بين ذلك من غير اختياره بعارض يتوهم زواله كل ساعة، وإذا زال العارض يجعل كأن لم يكن من حيث الحكم، وإذا جعلناه كأن لم يكن صار من

حيث الحكم كأن المغصوب منه جاوز الدرب فارساً فيستحق سهم الفرسان، وكذلك إذا أراد الدخول دار الحرب بفرس غازياً، فلما وصل إلى موضع بينه وبين دار الحرب ميل أو نصف ميل، أو أقل أو أكثر نزل عن فرسه يقضي حاجته فركب رجل من الرجالة فرسه وأدخله دار الحرب، فقضى الرجل حاجته ودخل دار الحرب على إثره وأخذ فرسه، فإنه لا يحرم سهم فرسه، وكذلك إذا نزل لقضاء حاجته فنفر الفرس ودخل دار الحرب فاتبعه الرجل وأخذه في دار الحرب لم يحرم سهم فرسه، وكذلك إذا ضل فرسه في دار الإسلام في هذه الصورة فطلبه فلم يجده، ووجده في دار الحرب وغزا عليه؛ لا يحرم سهم فرسه، والمعنى في الكل ما ذكرنا.

ولو أن المغصوب منه لم يأخذ الفرس من الغاصب حتى غزا عليه الغاصب، وغنموا غنائم، وأخرجوها إلى دار الإسلام، فإنه يضرب للغاصب بسهم فارس؛ لأنه دخل دار الحرب فارساً ملتزماً مؤنة الفرس، وقاتل فارساً، فيستحق سهم الفرسان كما لو كان مالكاً، ولا شك أنه لا يتصدق بشيء من سهم نفسه، وهل يتصدق بالسهم الذي كان لفرسه؟.

حكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: على قياس قول أبي حنيفة ومحمد يتصدق، وعلى قياس قول أبي يوسف لا يتصدق؛ لأن سهم الفرسان صار مستعاراً بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير، فصار نظير المودع إذا تصرف في الوديعة وربح، ويرد الفرس على صاحبه، ويغرم ما انتقص من الفرس من يوم الغصب إلى يوم رده على صاحبه؛ ويكون لصاحب الفرس سهم الرجالة: إما لأنه جاوز الدرب راجلاً وقاتل راجلاً، وإما لأن الغاصب استحق بسبب هذا الفرس سهم الفرسان في هذه الغنيمة، فلو استحق صاحب الفرس سهم الفرسان بسبب هذا الفرس أو إلى أن يستحق إتيان سهم الفرس في غنيمة واحدة؛ بسبب فرس واحد كل واحد منهما بكماله، وإنه لا يجوز.

هذا إذا كان الغاصب غصب الفرس قبل دخولهم دار الحرب، فإن غصبه بعدما دخلوا دار الحرب وقاتل عليه، وأصابوا غنائم، وأخرجوها إلى دار الإسلام فإنه يضرب لصاحب الفرس بسهم الفارس، وللغاصب بسهم الراجل. أما صاحب الفرس، فلأنه جاوز الدرب فارساً، ثم خرج الفرس عن يده من غير اختياره، فهو بمنزلة ما لو دخل دار الحرب فارساً ونفق فرسه، وأما الغاصب: فلأنه جاوز الدرب راجلاً ثم أصاب الفرس، فلا يكون أكثر حالاً مما لو جاوز الدرب راجلاً، ثم اشترى فرساً، وهناك لا يستحق سهم الفرسان.

ولو كان مكان الغصب إعارة بأن أعار صاحب الفرس فرسه من رجل قبل دخوله دار الحرب، وقال له: أدخله دار الحرب، وقاتل عليه، فأدخله دار الحرب ودخل صاحب الفرس معهم أيضاً، وقاتل المستعير على الفرس، وغنموا غنائم ثم بدا للمعير فاسترد فرسه، ثم غنموا بعد ذلك غنائم أخر، فإنه يضرب للمعير بسهم الراجل في الغنائم كلها ما أصابوا قبل استرداد الفرس من المستعير وما أصابوا بعد ذلك؛ لأنه جاوز الدرب راجلاً حقيقة وحكماً.

أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأنه لما أعار الفرس من غيره ليقاتل عليه قبل مجاوزة الدرب فقد أعرض عن إدخال فرسه دار الحرب ليقاتل عليه بنفسه؛ لأنه أمر غيره بالقتال عليه، وبين الأمرين تنافٍ، فصار معرضاً عن إدخاله فرسه دار الحرب لقتال نفسه عليه، فصح قولنا إنه جاوز الدرب راجلاً حقيقة وحكماً، وإنما وصل الفرس إليه بعد دخوله دار الحرب، فهو بمنزلة ما لو اشترى فرساً بعدما جاوز الدرب راجلاً، بخلاف ما إذا كان مكان الإعارة غصباً، واسترد المغصوب منه الفرس من الغاصب في دار الحرب، ثم أصابوا غنائم، فإنه يضرب لصاحب الفرس بسهم الفارس فيما أصيب من الغنائم بعد استرداد الفرس؛ لأن في فصل الغصب صاحب الفرس إن جاوز الدرب راجلاً حقيقة فقد جاوزه فارساً حكماً؛ لأنه كان مريداً إدخال الفرس دار الحرب للقتال عليه، ولم يوجد منه بعد هذه الإرادة ما يدل على الإعراض عنها، فكان مريداً إدخال الفرس للقتال عليه، فيمكن أن يجعل مجاوز الدرب فارساً حكماً، ويجعل الغاصب معيناً له على إدخال الفرس دار الحرب أما في العارية فبخلافه ويضرب للمستعير بسهم الفارس فيما أصيب من الغنائم قبل استرداد الفرس منه؛ لأنه جاوز الدرب فارساً حقيقة وحكماً لما جعلنا المعير راجلاً حقيقة وحكماً، وقد قاتل فارساً، فيستحق سهم الفرسان، ويضرب له سهم الراجل فيما أصيب من الغنائم بعد [٢/٧٤أ] الاسترداد وإن جاوز الدرب فارساً؛ لأن الفرس أزيل من يده قبل إصابة الغنيمة بحق لازم، فكان بمنزلة ما لو كان مالكاً للفرس وقد باع الفرس.

فإن قيل: إذا باع الفرس إنما بطل عنه سهم الفرس؛ لأنه أزال يده عن الفرس باختياره، فصار راضياً ببطلان سهم الفرس، أما ههنا أزيلت يده عن الفرس من غير اختيار، فلم يصر راضياً ببطلان سهم الفرس.

قلنا: وجه الرضا ههنا بزوال اليد؛ لأن العارية تسترد ولا تلزم، فيكون راضياً بزوال يده لا محالة، فكان هذا وفصل البيع سواء من هذا الوجه.

ولو كانت الإعارة من صاحب الفرس بعد دخول دار الحرب، فأصابوا غنائم، ثم استرد صاحب الفرس الفرس من المستعير، ثم أصابوا غنائم ثم أخر، وأخرجت الغنائم كلها إلى دار الإسلام، فإنه يضرب للمعير بسهم الفارس في الغنائم كلها، بخلاف ما إذا كانت الإعارة قبل دخول الحرب، ويضرب للمستعير في هذه الصورة بسهم الراجل في الغنائم كلها.

ولو كان مكان الإعارة إجارة، فإن أجّر صاحب الفرس الفرس من رجل قبل دخوله دار الحرب ليقاتل عليه مدة معلومة بأجرة معلومة، فهذه الإجارة جائزة بخلاف ما إذا أجر عبده من إنسان ليغزوا حيث كانت الإجارة فاسدة، والفرق: أن في العبد الإجارة وقعت على الغزو؛ لأن العبد يغزو ولهذا يقال: غزا العبد، كما يقال: غزا الحر، وإذا كان العبد ممن يغزو؛ كانت الإجارة في حقه واقعة على الغزو، ولا يجوز الاستئجار على الغزو على ما عرف في موضعه، فأما في الفرس؛ الإجارة ما وقعت على آلة الغزو إنما وقعت

على الغزو؛ لأن الفرس لا يغزو، وإنما يغزى به، ولهذا لا يقال: غزا الفرس، وإنما يقال: غزا به، والإجارة على آلة الغزو جائزة، وهو نظير ما قيل في استئجار الرجل للحج لا يجوز، وكذا الإبل إلى مكة للحج يجوز.

وإذا جازت هذه الإجارة، فإذا أدخل المستأجر الفرس دار الحرب وقاتل عليه، وأصابوا غنائم، والآجر راجل في ذلك كله، والمستأجر فارس في ذلك كله، فإن انقضت مدة الإجارة، وهم في دار الحرب، فأخذ صاحب الفرس فرسه، ثم أصابوا غنائم أخرى، فإن المستأجر راجل فيما أصيب بعد انقضاء مدة الإجارة؛ لأن الفرس أزيل عن يده بحق، فهو بمنزلة ما لو باع الفرس، وكان مالكاً للفرس، ولذلك صاحب الفرس راجل في هذه الغنيمة؛ لأنه جاوز الدرب راجلاً حقيقة وحكماً، فإنما وصل الفرس إلى يده بعد ذلك، وكان بمنزلة ما لو اشترى فرساً بعد مجاوزة الدرب، ولو كان أجر الفرس من رجل ليركب عليه حتى يدخل دار الحرب بأجر مسمى، فلما دخل دار الحرب انقضت الإجارة قبل أن يصيبوا غنائم، أو بعدما أصابوا كان المستأجر والآجر في ذلك راجلين، أما الآجر فلما ذكر، وأما المستأجر: فلأنه استأجر الفرس للركوب عليه لا للقتال عليه، فكان مجاوز الدرب فارساً حقيقة لا حكماً، والله أعلم.

نوع آخر

فيما يبطل سهم الفارس في دار الحرب وما لا يبطل: إذا أراد الرجل أن يدخل دار الحرب مع العسكر بفرسه، ثم إن صاحب الفرس وهب الفرس من رجل، وسلمه إليه، ودخل الموهوب له بالفرس دار الحرب مريداً القتال عليه، ودخل صاحب الفرس معهم أيضاً، وأصابوا غنائم، ثم رجع صاحب الفرس في الهبة واسترداد الفرس، فإن الموهوب له يضرب بسهم الفارس فيما أصيب قبل الرجوع، وبسهم الراجل فيما أصيب بعد الرجوع، وصاحب الفرس راجل في الغنائم كلها؛ لأنه جاوز الدرب راجلاً حقيقة وحكماً؛ لأنه كان لا يتمكن من استرداد الفرس إلا بقضاء أو رضا، وإنما وصل إليه الفرس بعد ذلك.

فإن قيل: أليس أنه بالرجوع يعود الفرس إلى قديم ملكه، ويصير من حيث الحكم كأنه لم يزل عن ملكه؛ حتى كان للواهب أن يرد على بائعه بالعيب، فكان يجب أن يكون فارساً في الغنائم كلها؟ قلنا: بالرجوع يعود الموهوب إلى ملك الواهب فيما يستعمل من الأحكام لا فيما مضى، ألا ترى أنه لو وهب مال الزكاة، ثم رجع فيه بعد الحول لم يجب على الواهب زكاته فيما مضى، ولم يجعل كأن مال الزكاة كان مملوكاً له فيما مضى.

وكذلك قالوا فيمن وهب داره من رجل، وسلمها إليه، فبيعت دار بجنب الدار الموهوبة، ثم رجع الواهب في الدار لا يكون له أن يأخذ الدار المبيعة بالشفعة، ولو جعل عند الرجوع كأن الهبة لم تخرج عن ملكه لأخذها بالشفعة.

وذكر محمد رحمة الله عليه لهذه المسألة أمثالاً كثيرة، ومنها البيع الفاسد،

وصورتها: رجل باع فرسه من رجل في دار الإسلام بيعاً فاسداً، وسلمه إلى المشتري، وأدخله المشتري في دار الحرب مع العسكر، ودخل معهم بائع الفرس أيضاً، ثم إن البائع استرد الفرس بحكم الفساد، فإن البائع يكون [٧٤ب/ ٢] راجلاً فيما أصيب قبل الاسترداد راجلاً فيما أصيب بعد الاسترداد، كالموهوب له في مسألة الهبة.

ومنها: رجل أدخل فرسه في دار الحرب ليقاتل عليه، فاستحقه رجل من يده بالبينة، فإن المستحق راجلاً في الغنائم كلها، والمستحق عليه فارس فيما أصيب قبل استرداد الفرس منه، راجل فيما أصيب بعد استرداد الفرس منه.

ومنها: رجلان لأحدهما فرس والآخر بغل تبايعا البغل والفرس، ودخل بهما دار الحرب، ثم وجد أحدهما بما اشتراه عيباً ورده على بائعه واسترد منه ما كان له في الأصل، فمشتري البغل راجل في الغنائم كلها، ومشتري الفرس فارس فيما أصيب قبل أن يترادا البيع، راجل فيما أصيب بعدما ترادا البيع، ولو رهن فرساً له في دار الإسلام من رجل بدين له عليه، ثم دخل الراهن والمرتهن دار الحرب، فأدخل المرتهن الفرس مع نفسه ليقاتل عليه، فقضى الراهن المرتهن ماله في دار الحرب، وأمنه الفرس، فإن الراهن راجل فيما أصيب من الغنائم، وفيما يصاب بعد ذلك، وكذلك المرتهن يكون راجلاً في الغنائم كلها، ولو باع فرسه في دار الحرب، ثم اشترى فرساً آخر، فهو فارس على حاله؛ لأنه جاوز الدرب فارساً حقيقة وحكماً، إلا أنه إذا اشترى فرساً آخر إنما يعتبر راجلاً؛ لأن ببيع الفرس في دار الحرب يتبين أن قصده من إدخاله الفرس التجارة لا القتال عليه، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا اشترى فرساً آخر، بل يحمل شراؤه فرساً آخر على أن الأول قد ضعف، وصار بحال لا يمكن القتال عليه، فاحتاج إلى استبداله بفرس فعال يقدر على القتال عليه.

ولو قتل رجل من المسلمين فرس رجل من المسلمين، وضمن صاحب الفرس المقتول القاتل القيمة، وأخذها صاحب الفرس المقتول، فلم يشتر بها فرساً آخراً سهم له بسهم الفرسان فيما أصيب من الغنائم؛ لأنه جاوز الدرب فارساً حقيقة وحكماً، وإنما زال الفرس عن يده بعد ذلك بغير اختياره، فهو بمنزلة ما لو نفق فرسه، فإن قيل: أليس أن صاحب الفرس المقتول بتضمين القيمة يصير بائعاً الفرس حتى قال محمد رحمه الله في كتاب «البيوع»: إذا قتل الرجل عبد إنسان خطأ، وضمن صاحب العبد القاتل قيمة العبد، ثم علم بعيب بالعبد؛ لا يرجع بنقصان العيب على البائع؛ لأنه صار كالبائع للعبد بتضمين القيمة؛ قلنا: نعم صار كالبائع للفرس، إلا أنه كان مضطراً في هذا البيع؛ مكرهاً عليه، فإن بعد القتل لا يصل إليه عين الفرس، وكان مضطراً في أخذ القيمة مكرهاً على هذا البيع.

ومن باع فرسه في دار الحرب مكرهاً لا يبطل سهم فرسه؛ لأن بالبيع مكرهاً لا يتبين أن إدخاله الفرس دار الحرب كان للتجارة لا للقتال عليه، وإذا باع الغازي فرسه في دار الحرب بعدما أصيبت الغنائم بدراهم ثم استأجر فرساً آخر، أو استعار فرساً آخر، ثم

أصيبت غنائم أخر كان راجلاً فيما أصيب بعد البيع، ولا يقوم المستأجر والمستعار مقام المشتري؛ لأن الشيء إنما يقوم مقام غيره إذا كان مثله، أما إذا كان دونه فلا، قلنا: والمستأجَر، والمستعار مملوك منفعة لا رقبة، وإذا لم يقم واحد منهما مقام المشترى صار وجوده والعدم بمنزلة، ولو انعدم أليس أنه لا يعتبر فارساً كذا ههنا، بخلاف ما إذا اشترى فرساً آخر على جواب الاستحسان؛ لأن هناك الثاني مثل الأول، فيقوم مقام الأول، فاعتبر فارساً.

ولو باع فرسه ثم وهب له فرس آخر، وسلم إليه كان فارساً؛ لأن الموهوب مملوك رقبة ومنفعة، فكان مثل المشتري، فيقوم مقام المشتري، وإذا كان الأول بإجارة أو عارية، فاسترد من يده، فاشترى آخر أو وهب له آخر، فالثاني يقوم مقام الأول؛ لأن الثاني فوق الأول، وإذا كان الأول بإجارة، والثاني كذلك، أو كان الأول بعارية والثاني كذلك، فالثاني يقوم مقام الأول؛ لأنه مثل الأول، وإن كان الأول إجارة والثاني عارية، فالثاني لا يقوم مقام الأول؛ لأن العارية دون الإجارة.

وإن كان الأول عارية، والثاني إجارة، فالثاني يقوم مقام الأول؛ لأن الثاني فوق الأول، ثم المستعير في دار الحرب إذا استعار فرساً آخر بعدما استرد الأول من يده إنما يعتبر فارساً، ويقوم الثاني مقام الأول في حق استحقاق سهم الفرسان في حق المستعير فيما يصيبون من الغنائم بعد ذلك إذا كان للمعير الثاني فرس آخر سوى هذا الذي أعاره، فأما إذا لم يكن له فرس آخر لا يستحق المستعير سهم الفرسان فيما يصيبون بعد ذلك؛ لأن الإعارة في دار الحرب لا تبطل حق المعير في سهم الفرس على ما مر.

فإذا لم يكن للمعير الثاني فرس آخر، فالمعير الثاني استحق سهم الفرسان بهذا الفرس المستعار، فلو استحق المستعير سهم الفرسان بهذا الفرس أدى إلى أن يستحق رجلان من غنيمة واحدة بسبب فرس واحد؛ كل واحد منهما سهماً كاملاً، وإنه لا يجوز، فأما إذا كان للمعير الثاني فرس آخر سوى هذا الفرس، فالمعير الثاني يستحق سهم الفرسان بذلك الفرس الآخر، فلو استحق المستعير سهم الفرسان [٧٥أ/٢] بهذا الفرس المستعار؛ لا يؤدي إلى المعنى الذي ذكرنا.

ولو اشترى فرساً في دار الإسلام، ولم يتقابضا حتى دخلا دار الحرب، ثم قبض المشتري الفرس ونقد الثمن فالبائع والمشتري راجلان فيما أصابوا؛ أما البائع فلأنه وإن جاوز الدرب مع الفرس إلا أنه لا يملك القتال عليه؛ لأن الفرس عنده بمنزلة الرهن، والمرتهن لا يملك القتال على الفرس المرهون، وأما المشتري فلأنه جاوز الدرب راجلاً حقيقة، وهذا ظاهر، وليس معه فرس، وكذلك حكماً؛ لأنه لا يتمكن من أخذه قبل نقد الثمن، ولو كان الثمن مؤجلاً أو كان حالاً، إلا أن المشتري نقده قبل دخول دار الحرب، فدخل دار الحرب وقبض المشتري الفرس، فالمشتري فارس استحساناً؛ لأنه جاوز الدرب بفرس يملك القتال عليه؛ إذ ليس للبائع ولاية منع الفرس عنه إذا كان الثمن مؤجلاً، أو كان حالاً منقوداً، فكان بمنزلة ما لو كان في يد غيره بوديعة.

ولو دخل رجلان بفرس بينهما دار الحرب، ليقاتل عليه هذا تارة، وشريكه أخرى، فهما راجلان، وكذلك إذا دخلا بفرسين؛ كل فرس بينهما نصفان، فهما راجلان إلا إذا أجر أحدهما نصيبه من صاحبه قبل دخولهما دار الحرب، فحينئذٍ المستأجر فارس قال: وإن طيب كل واحد منهما صاحبه على أن يركب أي الفرسين شاء، نظر إن كان هذا التطييب قبل دخول دار الحرب فهما فارسان، وإن كان بعد دخول دار الحرب، فهما راجلان؛ لأن التطييب إعارة، وإعارة الفرس قبل دخول دار الحرب يجعل المستعير فارساً، وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول: إذا طيب كل واحد منهما صاحبه أن يركب على فرس بعينه فهما فارسان إذا كان التطييب قبل دخولهما دار الحرب، فأما إذا طيب كل واحد منهما صاحبه أن يركب أي الفرسين شاء فهما راجلان؛ إذ يجوز أن يقع رأيهما على فرس واحد، ولهما في الحجة في ذلك على السواء، فلم يخلص منفعة فرس واحد لهما.

قال: ولا يجبر على التهايؤ على الركوب لأجل القتال؛ لأن في الركوب لأجل القتال يعرض الفرس على الهلاك، والإنسان لا يجبر على تعريض فرسه على الهلاك، وأما التهايؤ على الركوب لا لأجل القتال، فعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف: يجبران عليه، وعلى قول أبي حنيفة: لا يجبران، ولكن إن اصطلحا على ذلك بأنفسهما أمضاه القاضي، والمسألة معروفة في كتاب القسمة والصلح، والله أعلم.

نوع آخر

في دفع الفرس باشتراط السهم، وإذا دخل الرجل دار الحرب فارساً، ثم دفع فرسه إلى راجل ليقاتل عليه؛ على أن يكون سهم الفرس لصاحب الفرس فهذا جائز. وإذا غنموا غنائم كان سهم الفرس لصاحب الفرس.

واعلم بأن هذه من صاحب الفرس إعارة لفرسه، وإن اشترط لنفسه سهم الفرس؛ لأن هذا الشرط ذكره وعدمه بمنزلة؛ لأنه شرْط شيء يقتضيه الحكم من غير شرط؛ لأن سهم الفرس لصاحب الفرس في هذه الصورة، وإن لم يشترط صاحب الفرس ذلك لنفسه بناء على ما قلنا: إن من أعار فرسه من غيره بعدما دخل دار الحرب، وليس له إلا فرس واحد، فذاك لا يحرمه عن سهم الفرس.

فهو معنى قولنا إن هذا شرط شي يقتضيه الحكم من غير شرط، فيجعل ذكره وعدمه بمنزلة، ألا ترى أن من اشترى من آخر شيئاً بثمن حال، وشرط البائع لنفسه حق جنس المبيع إلى أن يقبض الثمن لا يفسد العقد؛ لأن هذا شرط شيء يقتضيه الحكم من غير الشرط، فجعل ذكره كعدمه، فلم يوجب فساد العقد، فكذا في مسألتنا يجعل ذكر هذا الشرط والعدم بمنزلة، ولو انعدم هذا الشرط كان هذا إعارة كذا ههنا.

قلنا: وإعارة الفرس للقتال عليه جائز، ويكون سهم الفرس لصاحب الفرس لما ذكرنا، وللراجل سهم الرجالة؛ لأنه جاوز الدرب راجلاً، وإنما استعار الفرس بعد ذلك، ولو كان صاحب الفرس يشرط على الراجل أن يكون سهمه، وسهم الفرس لصاحب

الفرس كان ذلك فاسداً؛ لأن صاحب الفرس لما شرط لنفسه سهم الراجل، فقد شرط ما لا يقتضيه الحكم من غير شرط؛ لأن صاحب الفرس لايستحق سهم الراجل من غير شرط، فيجب اعتباره، وإذا اعتبرناه صار صاحب الفرس آجراً فرسه بما يستحقه الراجل، وإنه مجهول الجنس والقدر، وفي وجوده خطر، وجهالة الأجر توجب فساد الإجارة، وإذا كان هذا التصرف إجارة فاسدة كان لصاحب الفرس على الراجل أجر مثل فرسه بالغاً ما بلغ، ولا يكون له من سهم الفرس شيء بناء على أن من دخل دار الحرب بفرسه، ثم أجر فرسه من رجل إجارة جائزة بطل سهم فرسه، فكذا إذا أجر إجارة فاسدة؛ لأن الفاسد من العقود معتبر بالجائز في حق الأحكام سوى الحل والحرمة؛ هذا إذا دخل [٧٥ب/ ٢] الرجل دار الحرب بفرس واحد، فأما إذا دخل بأفراس، ودفع واحداً منها إلى راجل ليقاتل عليه، على أن يكون سهم الفرس لصاحب الفرس، فهذه إجارة فاسدة بخلاف ما إذا لم يكن له إلا فرس واحد، وباقي المسألة بحالها حيث تكون إعارة جائزة.

والفرق: أنه إذا كان له أفراس، وقد أعار فرساً واحداً من رجل، فصاحب الفرس لا يستحق سهم الفرس المستعار من غير شرط؛ لأن من مذهب أصحابنا رحمهم الله: أنه لا يسهم لأكثر من فرسين، وإذا كان له أفراس، فالمستعار زائد على فرسين، فلا يستحق صاحب الفرس سهم هذا الفرس، وإذا كان لا يستحق سهم هذا الفرس بدون الشرط لا بد من اعتبار هذا الشرط، وإذا اعتبرناه صار إجارة فاسدة لكون الأجر مجهول القدر والجنس والوصف، ويكون لصاحب الفرس على الراجل أجر مثل فرسه، ولا شيء له من سهم الفرس، ويكون للراجل سهم الرجالة لما مر، فأما إذا كان له فرس واحد، وقد شرط سهم الفرس لنفسه فقد شرط ما يقتضيه الحكم من غير شرط، فصار ذكره كعدمه، ولو انعدم ذكره أليس أنه ينعقد إعارة جائزة؟ فكذا إذا جعل ذكره كعدمه.

ولو كان له فرسان لا غير، فدفع أحدهما إلى راجل ليقاتل عليه على أن سهم الفرس لصاحب الفرس، فهذه إجارة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن من مذهبهما أنه لا يسهم لما زاد على الفرس الواحد، وما دفع زيادة على فرس واحد لو قاتل عليه لنفسه لا يستحق سهم الفرسان بسببه، فكذا إذا دفع إلى غيره ليقاتل، وإذا كان لا يستحق سهم هذا الفرس عندهما بدون الشرط، فإذا شرط ذلك لنفسه لا بد من اعتباره، وعند ذلك تصير إجارة فاسدة على ما ذكرنا.

ولو كان صاحب الفرس قبل دخوله دار الحرب دفع الفرس إلى رجل ليدخله دار الحرب ويقاتل عليه على أن سهم الفرس لصاحب الفرس، وليس لصاحب الفرس إلا هذا الفرس، فدخلا دار الحرب وأصابوا غنائم، فإن سهم الفرس للذي أدخله دار الحرب؛ ولا شيء لصاحب الفرس منه، ولصاحب الفرس على الذي أدخله أجر مثل فرسه بخلاف ما إذا كان ذلك في دار الحرب، وباقي المسألة بحالها حيث كان سهم الفرس لصاحب الفرس.

والفرق: أن الإعارة إذا كانت قبل دخول دار الحرب، فسهم الفرس يكون للمستعير

على ما مر، فإذا شرط المعير ذلك بنفسه، فقد شرط ما لا يقتضيه الحكم، فلا بد من اعتباره، وعند ذلك يصير إجارة فاسدة، فأما الإعارة إذا كانت في دار الحرب، فسهم الفرس يكون لصاحب الفرس من غير ذكر، فيلغوا ذكره، ويلتحق بالعدم، وعند ذلك يصير إعارة جائزة.

نوع آخر

إذا دخل العسكر دار الحرب، وفيهم فرسان، فباع أحدهم فرسه، أو وهبه من رجل، وسلمه إليه وقد كان المسلمون غنموا غنائم قبل البيع والهبة، وغنائم بعد البيع والهبة، فما كان من غنيمة غنمها المسلمون قبل البيع والهبة فصاحب الفرس فيه فارس؛ لأنه جاوز الدرب فارساً مريداً القتال عليه، وقد بقي فارساً إلى وقت إصابة الغنيمة الأولى، فكان له فيها سهم فارس، وما أصابوا من غنيمة بعد البيع والهبة، فهو فيها راجل يضرب فيه بسهم راجل؛ لأنه لما باع الفرس قبل إصابة الغنيمة الثانية علم أنه لم يكن قاصداً إدخال الفرس دار الحرب للقتال عليه في حق الغنيمة الثانية، فإن اختلف صاحب الفرس والذي يلي المقاسم في الغنيمة الأخيرة، فقال صاحب الفرس: إنما بعت فرسي أو وهبته بعدما غنمت الغنيمة الأخيرة ولي فيها سهم فارس، وقال صاحب المقاسم: إنما أصيبت الغنيمة الأخيرة بعد البيع والهبة، ولك منها سهم راجل، ولا يعرف ما يقوله صاحب الفرس إلا بقوله، فالقول قول صاحب المقاسم، ويعطى لصاحب الفرس من الغنيمة الثانية سهم راجل، وإنما كان كذلك؛ لأن صاحب الفرس أقر ببيع فرسه وهبته في دار الحرب، وذلك مما يبطل سهم فرسه فيما يصاب بعد ذلك من الغنائم، فصاحب الفرس مقر بما يوجب بطلان سهمه، وما يوجب بطلان سهمه قائم وقت المنازعة، فيكون القول قول صاحب المقاسم، وعلى صاحب الفرس البينة.

فإن قيل: ينبغي أن يجعل القول قول صاحب الفرس؛ لأن البيع حادث والأصل في الحوادث أن يحال بحدوثها على أقرب ما ظهر، فكان الظاهر شاهداً لصاحب الفرس، فيكون القول قوله.

قلنا: إحالة الحادث على أقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال من حيث إنه لم يصرف تقدمه على وقت ظهوره لا بدليل يوجب ذلك؛ لجواز تقدمه على وقت ظهوره.

والأصل: أن الثابت بظاهر الحال يصلح للدفع، ولا يصلح للاستحقاق على الغير، وههنا متى جعلنا القول [١٧٦/أ ٢] قول صاحب الفرس الذي يدعي حدوث البيع للحال وقد اعتبرنا ظاهر الحال للاستحقاق لا للدفع لأن الغنيمة الأخيرة لم تكن في يده وإنه لا يجوز فإن أقام صاحب الفرس بينة الغنيمة الأخيرة أصيبت قبل بيع الفرس وهبته يعطى لصاحب الفرس من الغنيمة الأخيرة سهم الفارس؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عياناً، ولو عاين الإمام أن الغنائم الأخيرة أصيبت قبل بيع الفرس وهبته يعطى لصاحب الفرس من ذلك سهم الفارس كذا هنا.

فإن شهد له شاهدان عدلان من الجند أنه باع الفرس بعدما أصيبت الغنيمة الثانية

قبلت شهادتهما؛ لأن هذه شهادة عليهما؛ لأن بسبب هذه الشهادة ينتقص شيء من حقهما، وشهادة الإنسان على نفسه من أصدق الشهادات، فقبلت شهادتهما.

وإن شهد له بذلك شاهد واحد لا يعطى له سهم فارس من الغنيمة؛ لأن شهادة الفرد ليست بحجة، فإن قال المشهود له للشاهد: أنا أشاركك فيما أخذت من الغنيمة الثانية؛ لأنك أقررت لي بزيادة سهم منها، وبعض ذلك في يديك، ونقصه في يد غيرك، وإقرارك فيما في يديك مقبول، إن لم يقبل فيما في يد غيرك، ولا يلتفت إلى قوله بخلاف الوارث، إذا أقر بوارث آخر للميت ولديه بقية الورثة، فإن المقر له يدخل في نصيب المقر، ويقسم ما في يده بينهما على قدر حقهما.

ووجه الفرق بينهما: أن الوارث المقر أقر للمقر له بثبوت الشركة فيما في يده، وفي يد بقية الورثة إذا أقر بعد القسمة؛ لأنه يزعم أنه وارث للميت، وإنه لم يستوفِ نصيبه من الميراث، وإن بقية الورثة ظلموا حيث منعوا نصيبه.

والأصل في المال في المشترك أن ما هلك يهلك على الشركة، وما بقي يبقى على الشركة، وإنما قلنا: إن المقر أقر له ببعض ما في يده، وبعض ما في يد ما في الورثة إذا أقر بعد القسمة؛ لأن من حكم القسمة فيما بين الورثة أن أحدهم إذا لم يستوف نصيبه، فإن لم يفرقه ما في الورثة، أو استوفى نصيبه؛ إلا أنه يستحق نصيبه أنه تنتقض القسمة، ويعود شريكاً للورثة فيما في أيديهم كما قبل القسمة، ولا يعوض نصيبه من بيت المال.

وإذا كان حكم القسمة في الميراث هذا، فحين أقر هذا الوارث بوارث آخر، فقد أقر له ببعض ما في يده، فيؤمر بتسليم ذلك إليه، فأما ههنا الشاهد لم يصر مقراً للمشهود له بسهم الفرس بشيء مما في يده؛ لأن حكم القسمة فيما بين الغانمين؛ أن الإمام إذا لم يعط نصيب واحد من الغانمين، فإن نسي نصيبه أو أعطى نصيبه، ولكن استحق ذلك من يده أنه لا تنقض القسمة استحساناً، ويعوض المستحق عليه من بيت المال إذا كان المستحق قليلاً، وقد تفرق الجند.

وإذا كان حكم القسمة في الغنيمة هذا فالشاهد لا يكون مقراً للمشهود له بسهم الفرس بشيء مما في يده، وإنما أقر له ببعض مال بيت المال، فكان إقراراً على الغير، فلا يصح هذا الذي ذكرنا إذا أقر صاحب الفرس بالبيع.

فأما إذا أنكر ذلك، وقال: ما بعت فرسي، وما وهبته إنما أو قال: أسره العدو، وقال صاحب المقاسم: لا أعلم شيئاً مما تقول، وإنما أراك .....[1] بعته أو وهبته، فالقول قول صاحب الفرس بخلاف الوجه الأول؛ لأن في هذا الوجه ما أقر بما يوجب بطلان سهم فرسه بل أنكر ذلك، والقول قول المنكر في الشرع، ولا كذلك الوجه الأول.

وإن أقر صاحب الفرس ببيع الفرس إلا أنه لا يدري أنه باع قبل إصابة الغنيمة أو بعدها، فطلب يمين صاحب المقاسم أو يمين واحد من المسلمين؛ لا يلتفت إلى قوله،

---

(١) بياض بالأصل.

ولا يمين له على أحد، أما على صاحب المقاسم؛ فلأنه يدعي عليه معنى لو أقر به لا يصح لو أقر بما ادعاه صاحب الفرس من زيادة سهم الفرس لا يصح إقراره؛ لأنه إقرار على الغير، وهم الغانمون، فلم يكن في الاستحلاف فائدة، وأما على واحد من المسلمين فلهذه العلة أيضاً.

فإن كان غنموا غنائم، ثم باع واحد منهم فرسه، ثم غنموا غنائم أخر، ثم اشترى فرساً آخر، أورد عليه فرسه بخيار رؤية أو بخيار شرط، ثم غنموا غنائم أخر، فما أصابوا قبل بيع الفرس يضرب هو فيه بسهم فارس، وما أصابوه بعد بيع الفرس يضرب فيه بسهم راجل، وما أصابوا بعدما اشترى فرساً آخر، أورد عليه فرسه يضرب فيه بسهم راجل، وإن اختلفوا في ذلك، ولم يعرف ما أصيب بعد البيع فما أصيب قبل البيع، فإنه يقضى له بسهم راجل في الغنائم كلها، والله أعلم بالصواب.

فصل في الشركة مع أهل العسكر في الغنيمة في دار الإسلام وفي دار الحرب ويدخل في هذا الفصل سهام الخيل والرجالة أيضاً

يجب أن يُعلم بأن المدد إذا لحق بالجيش والغنائم في دار الحرب إلا أنها لم تقسم، ولم تبع بعد، فالمدد يشاركون بالجيش فيما غنموا سواء لحق المدد بهم بعد الفراغ من القتال والإصابة، أو بعد الإصابة لكن قبل الفراغ من القتال؛ لأنهم شاركوا الجيش في مجاوزة الدرب حكماً واعتباراً؛ لأنهم دخلوا دار الحرب لمعونتهم ونصرتهم، فكان المدد من حيث المعنى دخل مع الجيش [٧٦ب/ ٢] دار الحرب، وشاركوهم في الإحراز بدار الإسلام أيضاً، والمشاركة في هذين الأمرين كافية لاستحقاق الشركة في الغنيمة.

وإن لحق المدد بهم، والغنائم في دار الحرب بعد إلا أنها قد قسمت بين الغانمين أو بيعت، فلا شركة للمدد فيها؛ لأن بالبيع والقسمة يثبت الملك لكل واحد منهم فيما يصيبه على ما عرفنا، ويلتحق ما يصيب كل واحد منهم بسائر أملاكه القديم، ولا شركة للمدد في أملاكهم، فكذا فيما صار ملحقاً بها، وإن لحق المدد بالجيش بعدما أحرزت الغنيمة بدار الإسلام، فلا شركة للمدد سواء قسمت الغنائم في دار الإسلام أو لم تقسم؛ لأن المدد في هذه الصورة لم تشاركهم لا في مجاوزة الدرب، ولا في الإصابة، ولا في الإحراز بدار الإسلام، وبدون شيء من هذه الأشياء لا يمكن القول بالمشاركة في الغنيمة.

وإذا وقع القتال في دار الإسلام بأن دخل قوم من أهل الحرب دار الإسلام قاصداً المسلمين، فاستقبلهم أمير من أمراء المسلمين مع جيشه وقاتلهم وهزمهم وأخذ أموالهم، فالغنيمة لمن شهد الوقعة، ولمن كان ممن شهد الوقعة بحيث يصلح أن يكون رداءً ومعيناً لمن شهد الوقعة لو استعان به من شهد الوقعة أمكنه إعانته.

ويشترط مع ذلك أن يكون مريداً للقتال حتى أن الذي لم يشهد الوقعة إذا كان بعيداً من الوقعة بحيث لو استعان به من شهد الوقعة لا يمكنه إعانته، أو كان قريباً منه، إلا أنه لا يريد القتال، فلاحظ له من هذه الغنيمة؛ وهذا لأنه إذا كان قريباً ممن شهد الوقعة على

نحو ما بينا، فقد شهد الوقعة حكماً واعتباراً، ولا كذلك ما إذا كان بعيداً منهم.

ألا ترى أن السرية التي بعثها الإمام من العسكر في دار الحرب لو أصابوا غنائم، وخرجوا إلى دار الإسلام من طريق آخر، ولا بلغوا العسكر في دار الحرب؛ ينظر إن كان العسكر قريباً من السرية بحيث يكونوا معيناً للسرية؛ لو استعانت بهم السرية أمكنهم إعانة السرية كان للعسكر أن يشاركوا السرية فيما أصابوا، ويجعل من حيث الحكم كأن العسكر شهد الوقعة مع السرية.

وإن كان العسكر بعيداً منهم بحيث لا يكونوا معيناً للسرية لا يكون للعسكر حق المشاركة مع السرية، فكذا ههنا، وتكون قسمة هذه الغنيمة على سهام الخيل والرجالة؛ وهذا لأن البقعة التي وقع فيها هذه الوقعة إن كانت دار الإسلام حقيقة فهي دار حرب معنىً لوجود القتال والحرب فيها، وإذا كانت دار حرب معنًى، فمن شهدها كان بمنزلة من جاوز دار الحرب، ومن جاوز دار الحرب، إن جاوزها فارساً يستحق سهم الفرسان، وإن راجلاً يستحق سهم الرجالة كذا ههنا. فإن لحقهم المدد في هذه الصورة، وقد أصاب الأمير غنائم، فهذا على وجهين.

إن لحقهم قبل الفراغ من القتال، فلهم حق المشاركة مع الجيش؛ لأن المدد قد لحقهم، والغنائم في دار الحرب بعد، لما ذكرنا أن هذه البقعة بحكم وقوع الحرب والقتال فيها صارت دار الحرب معنى، فما بقي الحرب كانت دار حرب، وكانت الغنائم في دار الحرب معنًى لم تقسم بعد ولم تبع، فيشاركهم المدد فيها كما لو لحقهم المدد، والغنائم في دار الحرب حقيقة لم تقسم، ولم تبع بعد، وإن لحق المدد بهم بعد الفراغ من الحرب والقتال، لا يكون للمدد أن يشاركهم في الغنيمة سواء لحق المدد بهم بعد القسمة أو بعد البيع، أو قبل القسمة وقبل البيع؛ لأن المدد لحق بهم بعدما صارت الغنيمة محرزة بدار الإسلام؛ لأن هذه البقعة كانت دار الإسلام حقيقة ومعنًى، وإنما أعطينا لهم حكم دار الحرب معنًى بسبب وقوع الحرب فيها، فإذا انقضت الحرب عادت دار إسلام كما كانت، فكانت الغنائم محرزة بدار الإسلام، والمدد لا يشارك الجيش في الغنائم المحرزة بدار الإسلام.

ولو أن عسكراً دخلوا دار الحرب، وقاتلوا أهل مدينة من مدائنهم وقهروا أهلها، واستولوا عليها وفتحوها، وأظهروا فيها أحكام الإسلام حتى صارت المدينة دار إسلام، فلم يقسموا الغنائم حتى لحقهم المدد؛ لا يشاركونهم فيها؛ لأن المدد لحق بالجيش، والغنائم محرزة بدار الإسلام بعد.

ولو أن عسكراً من أهل الحرب دخلوا دار الإسلام، وانتهوا إلى مدينة من مدائن المسلمين، فخرج قوم من أهل المدينة، وقاتلوا أهل الحرب على باب المدينة، وهزموا أهل الحرب، وأخذوا غنائمهم، وباقي أهل المدينة في المدينة لم يتهيؤوا للقتال، ولم يخرجوا إلى باب المدينة، فالغنيمة لمن شهد الوقعة، ولا شيء لمن بقي في المدينة، وإن كان من بقي في المدينة يقرب ممن شهد الوقعة بحيث يصلح معيناً لهم؛ لو استعانوا به إلا

أنهم لم يريدوا القتال حيث لم يتهيؤوا [٧٧أ/ ٢] للقتال، وقد ذكرنا أن القتال متى وقع في دار الإسلام، فالغنيمة لمن شهد الوقعة، ولمن كان قريباً ممن شهد الوقعة بحيث يصلح معيناً لهم بشرط أن يكون مريداً للقتال.

ولو كانوا تسلحوا وأتوا باب المدينة فتصاوب الناس على الباب، فخرج بعضهم من الباب، وبقي البعض داخل الباب لمكان الزحمة، والقوم متصلون بعضهم ببعض إلى مكان الوقعة، فالغنيمة للكل، وكذلك لو كان قوم من أهل المدينة على سور المدينة يرمون العدو بالنبل والنشاب أو الحجارة، أو يصيحون بالمسلمين ويحرضونهم على القتال ولا يرمون بشيء، فالغنيمة للكل، وكذلك لو كانوا على سور المدينة لا يعينون المسلمين بشيء، ولكن أمرهم الإمام بذلك؛ حتى إذا هزمهم العدو منعوا العدو عن الدخول في المدينة، فالغنيمة للكل؛ لأنهم مشغولون بأمر يعود منفعتهم إلى المسلمين في هذا القتال، فكانوا بمنزلة المشغولين بالقتال.

ولو أن المسلمين خرجوا من المدينة راجلين للقتال، وتركوا خيولهم في منازلهم معدين للقتال عليها بأن كانوا مسرجين أو غير معدين للقتال عليها؛ بأن لم يكونوا مسرجين، وفي الوجهين جميعاً لا يسهم لخيولهم لما ذكرنا أن هذه البقعة صارت دار حرب، فمن شهدها راجلاً، فكأنه جاوز الدرب راجلاً، فلا يستحق سهم الفرسان.

ولو خرج رجل منهم فارساً، فلما انتهى إلى موضع المعركة نزل عن فرسه، وأمر غلامه حتى أمسكه، وقاتل راجلاً، فإنه يستحق سهم الفرسان بمنزلة ما لو جاوز دار الحرب فارساً، ودفع الفرس إلى غلامه حتى أمسكه وقاتل راجلاً، ولو كان حين انتهى إلى موضع المعركة نزل، ودفع الفرس إلى غلامه ليرده إلى منزله وقاتل راجلاً؛ لا يستحق سهم الفرسان، كما لو جاوز الدرب فارساً، ودفع فرسه إلى غلامه ليرده إلى منزله، وهناك لا يستحق سهم الفرسان؛ لأن برد الفرس إلى منزله تبين أنه لم يكن قصده من إدخال الفرس القتال عليه، وإنما قصده الزينة.

وإن كان الغلام لم يرد الفرس عن المعركة بل أمسكه حتى انهزم المشركون، أو أراد الرد، وتوجه إلى المدينة فقبل أن يخرج عن المعركة انهزم المشركون كان لصاحب الفرس سهم الفرسان.

ولو أن أهل الحرب لم ينتهوا إلى مدينة من مدائن المسلمين، ولكن عسكروا على أميال من المدينة، فخرج المسلمون إليهم رجالة وفرساناً حتى عسكروا بإزائهم، ثم إن المسلمين خرجوا من معسكرهم رجالة، وتركوا خيولهم في المعسكر، وقاتلوا، وهزموا أهل الحرب، وأخذوا غنائمهم، فإنه يضرب لصاحب الفرس بسهم الفارس؛ لأن معسكر المسلمين صار دار حرب معنًى لما كان يقرب من أهل الحرب وبإزائهم، فكان دخول من دخل المعسكر من المسلمين فرساناً راجلاً؛ يستحق سهم الفرسان، كذا ههنا.

ولو أن سرية خرجت من معسكر المسلمين في دار الحرب، وخلفت خيولهم في المعسكر ثم إنهم أصابوا غنائم في موضع لا يكون العسكر ردءاً ومعيناً لهم، ثم خرجت

السرية إلى دار الإسلام من طريق آخر، ولم يلقوا العسكر في دار الحرب لم يكن للعسكر أن يشاركوا السرية فيما أصابت السرية، وضرب السرية بسهام خيولهم المخلفة في المعسكر، وإن كانت خيولهم بعيدة منهم، بحيث لو أرادوا الانتفاع بها لا يمكنهم ذلك، ثم لم يعتبر هذا البعد في حق الخيول المخلفة في المعسكر، واعتبر في حق أهل العسكر حتى لم يكن لأهل العسكر المشاركة مع السرية فيما أصابوا إذا خرجت السرية إلى دار الإسلام من جانب آخر، ولم يلقوا العسكر في دار الحرب.

والفرق: أنا نعتبر فوات المنفعة بسبب البعد في المسألتين جميعاً، بفوات المنفعة بسبب الموت، إلا أن فوات منفعة الخيل بالموت في دار الحرب لا يبطل سهم الخيل، فكذا فوات منفعته بسبب البعد، وفوات منفعة العسكر في حق السرية بالموت يبطل سهام العسكر، فإن الغازي إذا مات في دار الحرب يبطل سهمه، فكذا فوات منفعته بسبب البعد من السرية، والله أعلم.

ومما يتصل بهذا الفصل

قسمة الخمس من الأربعة الأخماس، ولحوق المدد الجيش بعد ذلك

قال محمد رحمه الله: وإذا عزل الإمام الخمس عن الأربعة الأخماس في دار الحرب، ولم يقسم الخمس بين المساكين، ولا قسم أربعة الأخماس بين الغانمين حتى دخل عليهم جيش آخر مدداً لهم، فإن المدد يشارك الغانمين في أربعة أخماسهم، ولو كان الإمام قسم الخمس بين المساكين، ولم يقسم أربعة الأخماس بين أهاليها، أو قسم أربعة الأخماس بين أهاليها، ولم يقسم الخمس بين المساكين حتى لحقهم المدد، فإنهم لا يشاركون الجيش في أربعة أخماسهم، وهذا بناءً على ما قلنا: إن المدد إنما يشارك الجيش إذا لحق بالجيش [٧٧ب/ ٢] في دار الحرب قبل القسمة، وفي الفصل الأول لحق بالجيش قبل القسمة، وفي الفصل الثاني بعد القسمة.

بيانه: إنما يصح إذا جرى بين اثنين، وفي الفصل الأول ما جرت القسمة بين اثنين، إنما جرت من واحد وهو الإمام، فإنه عزل نصيب الفقراء عن نصيب الجند، ولم يقبض أحد الفريقين نصيبه، بل كلا النصيبين في يد الإمام بعد، فلم تصح هذه القسمة، وجعل وجودها والعدم بمنزلة، ألا ترى أنه إذا هلك أحد النصيبين إما الخمس، وإما الأربعة الأخماس في يد الإمام قبل أن يدفع النصيب إلى أربابها كان الباقي مشتركاً بين الفريقين جميعاً، وجعل وجود هذه القسمة والعدم في حق ذلك الحكم بمنزلة، فكذا في حق شركة المدد، وصار من حيث المعنى كأن المدد لحقهم قبل أن يعزل الإمام الخمس عن الأربعة الأخماس.

أما في الفصل الثاني: القسمة قد جرت بين اثنين إن قسم الخمس بين المساكن؛ لأن المساكين قبضوا أنصباءهم، والإمام كان نائباً عن الغانمين في قبض أنصبائهم، وإن قسم أربعة الأخماس بين الغانمين؛ فلأن الغانمين قبضوا أنصباءهم والإمام كان نائباً عن الفقراء في قبض أنصبائهم فقد جرت القسمة بين اثنين فصحت وتمت فلا يكون للمدد حق

المشاركة معهم، ولو عجل لرجل أو لرجلين من الغانمين نصيبهما من الغنيمة من غير أن يعزل الخمس عن الأربعة الأخماس ثم دخل جيس آخر مدداً لهم ولحقوا بهم شاركهم المدد فيما بقي في يد الإمام قياساً واستحساناً.

والفرق: أن المعجلين لأنصبائهم إذا كانوا أقل فالمدد لحق بالجيش في دار الحرب والغنائم مقسومة من وجه دون وجه؛ لأن تمام القسمة بالقبض وقد وجد القبض من بعض الغانمين دون البعض، والمدد إذا لحق بالجيش في دار الحرب والغنائم مقسومة من كل وجه لا يكون لهم حق المشاركة مع الجيش، ولو لحق بهم والغنائم لم تقسم بعد أصلاً كان لهم حق المشاركة في كل الغنائم، فإذا قسمت الغنائم من وجه دون وجه كان لهم حق المشاركة فيما لم يقسم وهو ما بقي في يد الإمام، ولم يكن لهم حق المشاركة فيما قسم وهو ما قبضه الغانمون عملاً بالشبهين بقدر الممكن،بخلاف ما إذا كان المعجلون لأنضبائهم أكثر؛ لأن هناك المدد لحق الجيش والغنائم صارت مقسومة من كل وجه؛ لأن الرجحان لجانب القابضين؛ لأنهم أكثر، والعبرة للراجح في أحكام الشرع، والمرجوح ساقط الاعتبار بمقابلته، فكأن الكل قبضوا أنصباءهم.

فإن قيل: كيف لم يعتبروا الراجح إذا كان القابضون لأنصبائهم أقل فلم تثبتوا للمدد حق المشاركة مع من قبض نصيبه، وإنما أثبتم لهم حق المشاركة فيما بقي في يد الإمام لا غير.

والجواب: أنا إذا اعتبرنا الرجحان بكثرة القابضين أنصباءهم كان أثره في قطع حق الشركة للمدد فيما في يد الإمام، وفيما صار مقبوضاً كما لو وقعت القسمة في كل الغنيمة حقيقة، ولو اعتبرنا الرجحان بكثرة عدم القابضين أنصباءهم كان أثره في إثبات حق الشركة للمدد فيما بقي في يد الإمام، وفيما صار مقبوضاً كما لو لم توجد القسمة أصلاً، وحق الشركة للمدد عرف شرعاً بخلاف القياس؛ لأن استحقاق الغنيمة بالإصابة، وإليه أشار عمر رضي الله عنه في قوله: «الغنيمة لمن شهد الوقعة»[1]، فعملنا بالراجح إذا كان القابضون لأنصبائهم أكثر؛ لأن في اعتبار الراجح في هذه الصورة قطع حق شركة المدد عن كل الغنيمة، وأنه موافق للقياس، ولم نعمل بالراجح إذا كان غير القابضين لأنصبائهم أكثر؛ لأن في اعتبار الراجح في هذه الصورة إثبات حق المشاركة للمدد في كل الغنيمة المقبوض وغير المقبوض، وإنه مخالف للقياس، بل اعتبرنا المقبوض وغير المقبوض، فأثبتنا حق الشركة في غير المقبوض، ولم نثبت حق الشركة في المقبوض عملاً بالقياس بقدر الممكن.

هذا الذي ذكرنا إذا دخل المدد دار الحرب ولحق بالعسكر، فأما إذا دخل دار الحرب، ولم يلحق بالعسكر بل نزلوا موضعاً، فأصاب العسكر الغنائم، وقسموها أو لم يقسموها، ثم لحق المدد بهم، فإن كان وقت إصابة العسكر الغنيمة المدد يبعد منهم

(١) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٠٨، والقرطبي في تفسيره ٨/ ١٦.

بحيث لا يمكن للمدد إعانتهم لو استعانوا بهم لا يكون للمدد حق المشاركة معهم، وإن كان يقرب منهم بحيث يمكنهم الإعانة كان للمدد حق المشاركة معهم، ولو لحق المدد بالجيش في دار الحرب، والغنائم لم تقسم بعد، فرأى الإمام أن يجعل الغنائم للجيش، ولا يعطي للمدد من ذلك شيئاً ففعل كذلك، فقد بطل حق المدد؛ لأن فعله حصل في محل مجتهد فيه، فإن [١٧٨أ/ ٢] من العلماء من قال: المدد لا يشارك الجيش فيما غنموا، وإن لحقوا بهم بدار الحرب ـ والغنائم لم تقسم بعد ينفذ فعله، وبطل حق المدد في المشاركة والله أعلم بالصواب، وبه ختم.

فصل في العيب يوجد في بعض الغنيمة

وإذا عزل الإمام الخمس من الأربعة الأخماس أنه لم يقسم الخمس بين أهلها، ولم يقسم الأربعة الأخماس بين أهلها حتى وجد ببعض الرقيق من أحد القسمين عيباً، فإن كان يسيراً لا يلتفت إلى ذلك، وتمضي القسمة أي العزل؛ لأنه لو كان العيب فاحشاً، فالقاضي يمضي القسمة ولا ينقضها إذا كان يسيراً أولى.

وكذلك إذا كان العيب فاحشاً، فالقاضي لا ينقض القسمة، ولكن ينظر إلى نقصان هذا العيب، فيأخذ من النصيب الآخر الذي لا عيب فيه ما يجبر به النقصان المتمكن في هذا النصيب بسبب هذا العيب؛ وهذا لأن صيانة القسمة عن النقض واجبة ما أمكن، وأمكن صيانتها عن النقض بالرجوع في النصيب الذي لا عيب فيه بما ينجبر به النقصان المتمكن في هذا النصيب بسبب هذا العيب بلا حاجة إلى نقض القسمة، ثم ينظر من وجه العيب فيما عزله للخمس، وكان العيب فاحشاً يرجع في أربعة الأخماس التي عزلها للغانمين فيأخذ مقدار أربعة أخماس قيمة هذا العيب، ويرده إلى الخمس؛ وهذا لأن ..... [1] والغائب بالعيب كان .... [1] غنيمة فيعتبر بسائر أجزاء الغنيمة والغنائم، ..... [1] أجزاء الغنيمة القائمة بين المساكين، والغانمين على خمسة أسهم، خمسة للمساكين، وأربعة أخماسه للغانمين.

فكذا الجزء والغاية بالعيب، وكان .... [1] كان بين الغانمين، وبين المساكين على خمسة أسهم، خمس ذلك للمساكين، وأربعة أخماسه للغانميين، وقد كان خمس هذا الخمس في الأصل للمساكين ..... [1] أخماسه كانت للغانمين ملكوها من جهة الغانمين بالقسمة بدلاً عما نزل المساكين على الغانمين من أربعة أخماس ..... [1] التي كانت حقاً للمساكين في الأصل، فما كان مملوكاً للمساكين من الجزء والفائب في الأصل، وذلك خمسة لا ترجع .... [1] على الغانمين؛ لأنهم ما ملكوا ذلك من جهة الغانمين، وما ملكوها من جهة الغانمين من الجزء الفائت، ..... [1] يرجعون بحصتها في قسم الغانمين، وذلك قيمة أربعة أخماسه، فلهذا قال: يسترد الإمام من القسمة الذي عزله للغانمين، وأربعة أخماس قيمة هذا العيب، ويرده في الخمس حتى تثبت المعادلة،

(١) بياض بالأصل.

وكذلك لو وجد هذا العيب ينقص ما كان عزل للغانمين من الأربعة الأخماس، فإنه يسترد من الخمس خمس قيمة هذا العيب، ويرده في الأربعة الأخماس حتى تتحقق المعادلة بين القسمتين، وهذا لما ذكرنا أن الجزء الفائت كان بين الغانمين، وبين المساكين أخماساً أربعة أخماسه للغانمين، وقد كان أربعة أخماس هذه الأربعة الأخماس ملكاً لهم في الأصل، وخمسها كان ملك المساكين ملكه الغانمون من جهة المساكين بالقسمة ببدله وثبت لهم حق الرجوع على المساكين ببدل ذلك، وذلك خمس قيمة هذا العيب.

فيسترد الإمام خمس قيمة هذا العيب، ويرده في الأربعة الأخماس للذي هو نصيب الغانمين، وكذلك الجواب إذا وجد ببعض الرقيق من أحد القسمين عيباً يسيراً في مواضع .... [1] ولو جمع ذلك يصير فاحشاً، فهو بمنزلة العيب الفاحش في موضع واحد، فقد جمع العيوب في مواضع متفرقة؛ لأن هذه العيوب تمكنت في شيء واحد من حيث المالية؛ لأن الرقيق التي وجد فيه عيوبات متفرقة يسيرة، إن كان ..... [1] من حيث الصورة، وهي اليد، والرجل والظهر والبطن وغير ذلك، فهو شيء واحد باعتبار المالية، .... [1] في شيء واحد تجمع، ألا ترى أن النجاسة القليلة المتفرقة في البدن، والثوب الواحد يجمع فكذا ههنا، والله أعلم بالصواب، وبه ختم.

في الرجل يكون في دار الحرب، ثم يخرج إلى دار الإسلام، أو إلى عسكر المسلمين في دار الحرب، ومعه متاع يقول وهب لي أهل الحرب، وما يتصل بذلك

وإذا دخل العسكر دار الحرب، فخرج إليهم رجل من المسلمين كان في دار الحرب بأمان، ومعه رقيق ومتاع ومال، فقال: هذا لي، وهبه لي أهل الحرب، أو قال: اشتريت هذا من أهل الحرب، أو قال: كان هذا ملكي في الأصل؛ أدخلته معي في دار الحرب، فهو لي خاصة، وقال أهل العسكر: لا بل غصبت منهم ولحقت بنا، فإنه مشترك بيننا، فالقول قول المستأمن؛ لأن اليد له، والقول قول صاحب اليد فيما في يده إذا لم يكذبه الظاهر في مقالته، والظاهر لا يكذب المسلم المستأمن فيما قال؛ لأن المسلم إنما يدخل دارهم ليستفيد منهم مالاً؛ إما بشراء أو بهبة، ومن دخل دار قوم بأمان، فأهل الدار يبرون في حقه، وكذلك الداخل قد يدخل مع نفسه أموالاً ليتجر بها، فالظاهر لا يكذب المستأمن في مقالته واليد له، فيجب تصديقه.

وإن قال: غصبت هذا منهم وأخرجته إليكم، فإنه ينبغي للإمام والمسلمين أن يجبروه على الرد على من أخذ منه، والوجه في ذلك: أن المستأمن يملك المغصوب ملكاً فاسداً؛ لأن الأمان ثابت لأهل الحرب من جهة المستأمن من وجه دون وجه من حيث أن المستأمن إنما استأمنهم حتى لا يأخذوا ماله من غير طيب نفسه، وهو لا يأخذ مالهم كان

(١) بياض بالأصل.

الأمان ثابتاً لهم، فهو معنى قولنا: إن الأمان ثابت لأهل الحرب من جهة المستأمن من وجه دون وجه ولو كان الأمان ثابتاً لهم من جهته من [٧٨ب/ ٢] كل وجه كان لا يملك المستأمن مالهم بالغصب أصلاً، لا ملكاً صحيحاً ولا ملكاً فاسداً؛ لأن الاستيلاء لا يكون وارداً على مال معصوم من كل وجه، ولو لم يكن الأمان ثابتاً لهم من جهته أصلاً لكان يملك مالهم بالغصب ملكاً صحيحاً؛ لأن الاستيلاء حينئذٍ يكون وارداً على مال مبادل فإذا كان الأمان ثابتاً من وجه دون وجه فمن حيث أنه ليس بثايت أثبتنا أصل الملك، ومن حيث إنه ثابت سلبنا وصف الصحة عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

وإذا ثبت أنه ملكه ملكاً فاسداً، فيقول: المملوك ملكاً فاسداً مستحق الرد على من أخذ منه، فيجبره الإمام على الرد لهذا، وإن لم يرد المستأمن المال عليهم حتى أخرجه إلى دار الإسلام، فكذلك الجواب بإمرة الإمام بالرد عليهم لما ذكرنا.

فإن أسلم بعض الرقيق نظر الإمام فيهم إن كانوا عبيداً لأهل الحرب بيعوا وبعثوا بأثمانهم إلى أهل الحرب الذين أخذهم منهم، أو يكتب إليهم حتى يجيئوا، فيأخذوا الثمن؛ وهذا لأن بعد إسلام الرقيق تعذر ردهم على أهل الحرب بأعيانهم؛ لأن العبد المسلم لا يترك في يد أهل الحرب؛ كيلا يستحقه ويستذله، وتعذر إبطال حقهم في الرقيق أيضاً؛ لأن لمالهم نوع أمان على ما مر، فيتعين البيع ورد الثمن عليهم.

وإن كانوا أحراراً من أهل الحرب أخذهم قهراً، فأسلموا خلى الإمام عنهم، وجعلهم أحراراً؛ لأنه لما وجب رد العبيد كان رد الأحرار أوجب، فوجب ردهم على أنفسهم، وإنما تصير أنفسهم مردودة عليهم إذا جعلوا أحراراً وإن لم يسلموا، ولكن قالوا: نصير ذمة، فإن كانوا أحراراً، فلهم ذلك؛ لأنه لا حق لأحد في رقابهم، والذمة خلف عن الإسلام.

ولو طلبوا منا الإسلام وجب علينا الإجابة إلى ذلك، فكذا إذا طلبوا منا الذمة، وإن كانوا عبيداً لأهل الحرب لا يجيبهم إلى ذلك؛ لأن لمواليهم حقاً في رقابهم على ما بينا، وذلك يفوت بإعطاء الذمة، ولكن يبعثهم الإمام إلى مواليهم، وإن خاف الضيعة عليهم باعهم الإمام، وبعث أثمانهم إلى الموالي ليصلوا إلى ماليتهم إن كانوا لا يصلون إلى أعيانهم.

وكذلك الجواب فيما إذا كان هذا المال الذي جاء به هذا المستأمن من مال المسلمين استولى عليه الكفار، وأحرزوه بدارهم، وأخذ هذا المستأمن ذلك منهم غصباً؛ لأن بالإحراز بالدار صار هذا المال مملوكاً لهم، والتحق بسائر أملاكهم، فصار الجواب في هذا المال نظير الجواب في سائر أموالهم؛ إلا في الرقيق الذين كانوا أخذوهم من المسلمين، فإنهم لا يردون عليهم، ولكن يباعون ويبعثون بثمنهم إليهم.

ولو أن هذا المستأمن أخذ مالهم غصباً، وخرج به إلى دار الإسلام من جانب آخر، ولم يلتحق بالعسكر في دار الحرب، ثم خرج الإمام إلى دار الإسلام أمره بمصاحبته إلى أهل الحرب، ولا يجبره على ذلك، وفيما إذا التحق بالمعسكر، والإمام يجبره على الرد،

وإذا أراد هذا الرجل أن يبيع ما أخرجه إلى دار الإسلام، فمالٌ غصبه منهم كره للذي يريد شراءه أن يشتري ذلك منهم لما فيه من تقرير المعصية، ألا ترى أنه كره للبائع البيع لما فيه من تقرير المعصية كذا يكره للمشتري الشراء أيضاً.

لو كان هذا المسلم أمنهم من دار الإسلام، أو من المعسكر في دار الحرب، ثم دخل إليهم وغصب شيئاً من أموالهم، فإنه يجبر على الرد سواء التحق بالمعسكر في دار الحرب أو خرج إلى دار الإسلام من جانب آخر.

قال: وإن كان الرقيق الذي جاز بهم فيها المستأمن كأن رقيق المسلمين استولى عليهم الكفار، وأحرزوهم بدارهم فأراد مواليهم القديمة أن يأخذوا ذلك سبباً لهم ليس لهم ذلك؛ لما فيه من إذاءتهم المعصية؛ لأن أخذ هذا الرجل أموالهم، وإخراجها إلى دار الإسلام معصية، فلو أطلقها للمالك القديم الأخذ؛ كان في ذلك إدامة هذه المعصية، وإنه لا يجوز.

هذا الذي ذكرنا حكم المستأمن، فإن كان مكان المستأمن رجلٌ اشترى من المسلمن كان في دار الحرب خرج إلى عسكر المسلمين، ومعه من المال ما ذكرنا، فقال: هذا لي، وهبوه إلي أهل الحرب إلى آخر ما ذكرنا لم يصدق على ذلك، وكان ما جاء به فيئاً لجميع أهل العسكر، ويكون هو فيه كأحدهم، وإنما لم يصدق وإن كان المال في يده؛ لأن قول صاحب اليد إنما يقبل فيما في يده إذا لم يكذبه الظاهر في مقالته، وقد كذبه الظاهر ههنا في مقالته.

أما في دعوى الهبة والصدقة: فلأن ذلك بر وصلة، والظاهر أن أهل الحرب لا يقصدون . . . .(١) المسلمين بالبر والصلة، وإذا لم يصدق في دعوى الهبة، والصدقة لم تثبت الهبة، والصدقة بقي مجرد الأخذ من أيديهم، وإنه غصب، فيكون لجميع أهل المعسكر.

وأما إذا قال: كان هذا لي أدخلته دار الحرب مع نفسي؛ لأن ما كان في يده من المال الظاهر وقع الأسر عليه، وصار ملكاً لهم، وإن أقام البينة على الهبة، أو الشراء، أو الصدقة قبلت بينته، ويختص بملكه كما لو. . . . .(١) هبة أهل الحرب ذلك منه، أو التصدق بذلك عليه، وإن كان قال من الابتداء: غصبت هذا المال منهم قُبلَ قوله ولا يحتاج فيه إلى البينة، ويكون ذلك لجميع أهل المعسكر، ولو لم يلحق الأسير بالمعسكر، وخرج إلى دار الإسلام من جانب آخر فجميع ما أخرجه له، وقد مر جنس هذا.

وإن كان فيما خرج به بعض رقيق المسلمين فالمولى القديم أن يأخذ ذلك منه [٧٩أ/ ٢] بقيمته بخلاف المستأمن؛ لأن ما أخرجه الأسير ملكه ملكاً صحيحاً، ألا ترى أنه لا يؤمر برد ما أخرجه على أهل الحرب لا في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى، وإذا ملكه ملكاً صحيحاً لم يكن أخذه أخذاً للمال، وإخراجه إياه إلى دار الإسلام

---

(١) بياض بالأصل.

معصية، فلا يكون في أخذ المالك القديم إدامة المعصية.

وإن أقام الأسير البينة على أنه أدخل هذا المال معه في دار الحرب لا تقبل بينته؛ لأن الثابت بالبينة العادلة لا يكون أعلى حالاً من الثابت بالمعاينة، ولو علمنا أن أهل الحرب أسروه، وأدخلوه دار الحرب ومعه مال؛ صار ما معه من المال الظاهر ملكاً لهم بالإحراز بدارهم والتحق ذلك بسائر أملاكهم، وصار أخذه ذلك المال منهم بمنزلة أخذه مالاً آخر من أموالهم.

وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله: يحكي عن أستاذه أن ما ذكر من الجواب في هذه الصورة أن بينة الأسير لا تقبل جواب القياس، أما على جواب الاستحسان ينبغي أن تقبل بينته، ويكون أخص بهذا المال من أهل المعسكر؛ لأن ملكه قبل الأسر في هذا المال قد ظهر بإقامة البينة عليه، فمن حجته أن يقول: وإن أسر مالي، وصار ملكاً لهم، فمالي لا يكون أقل مما لو أخذ أهل الحرب مالي، وأحرزوه بدار الحرب، ثم ظهر المسلمون عليه، وأخرجوه إلى دار الإسلام، فوجدها قبل القسمة في أيديهم، ولو كان هكذا كنت أحق بهذا المال، وكان لي أن آخذه بغير شيء فكذا الآن، ويدل عليه جواب المسألة التي ذكرها بعد هذا.

وصورتها: قال: وإذا كان مع هذا الأسير لؤلؤة؛ قال: كانت هي في فيِّ حين أسرت، أو قال: كنت ابتلعتها، وأقام على ذلك بينة صدق، وكان أحق بها استحساناً ولا فرق بينهما، ومن المشايخ من قال: ما ذكر ههنا جواب القياس والاستحسان.

وفرق هذا القائل بين هذه المسألة، وبين مسألة اللؤلؤة، ووجه الفرق: أن الأسر من العدو لم يقع على ما في بطنه، وفي فيه من اللؤلؤة؛ لأن الأسر لا يقع على ما خفي وبطن، فإنما يقع على ذلك ما كان بادياً ظاهراً، ولما كان هكذا لم تصر اللؤلؤة مملوكة لأهل الحرب؛ بل بقيت على ملك الأسير، أما ما في يده من الأموال الظاهرة صارت مملوكة لأهل الحرب، فلم يكن الأسير أولى به.

ومن المشايخ من ذكر للفرق وجهاً آخر، فقال: في مسألتنا الشهادة قامت على يد زائلة؛ لأن الشهود شهدوا أنه أدخل هذا المال مع نفسه في دار الحرب، ولم يشهدوا أنه كان مملوكاً له، والشهادة على يد زائلة لا تقبل، عرف ذلك في كتاب «الدعوى»، وفي مسألة اللؤلؤة؛ ما شهدوا بيد زائلة، إنما شهدوا بدوام يده، فإنهم شهدوا أنها كانت في فيه، وأنه كان ابتلعها وأنه لم يقع عليه الأسر، فقد شهدوا بيد قائمة فقبلت، وإن كان مكان الأسير رجل من أهل الحرب قد أسلم، وخرج إلى معسكر المسلمين، ومعه من المال ما ذكرنا، وقال: هذا مالي؛ مال وهبه لي أهل الحرب، أو قال: تصدقوا به عليّ صُدّق في ذلك؛ لأن المال في يده، والظاهر لا يكذبه في مقالته؛ لأنه كان رجلاً منهم، فكانوا يقصدونه بالبر، والصلة بخلاف الأسير.

وإن قال: غصبت هذا المال منهم، ولحق بمعسكر المسلمين، يصير ذلك فيئاً لأهل المعسكر، والجواب في حق هذا الرجل نظير الجواب في حق المستأمن؛ إلا أن

المستأمن إذا قال: غصبت هذا المال منهم، ولحق بمعسكر المسلمين يجبر على الرد، وإذا خرج به إلى دار الإسلام من جانب آخر يؤمر، وفي هذه المسألة هذا الرجل لا يجبر على الرد، ولا يؤمر به؛ لأنه لا أمان لأهل الحرب من جهة هذا الرجل لا من كل وجه، ولا من وجه بخلاف مسألة الأسير على ما بينا، والله أعلم.

فصل
في مسائل المرتدين وأحكامهم

هذا الفصل يشتمل على أنواع.

الأول: في إجراء كلمة الكفر مع علمه أنها كلمة الكفر، أو من غير علمه، وفي الخطأ في ذلك، وفي حديث النفس، والرضا بالكفر.

يجب أن يعلم أنه إذا كان في المسألة وجوهاً توجب التكفير، ووجهاً واحداً يمنع التكفير، فعلى المفتي أن يميل إلى الوجه الذي يمنع التكفير تحسيناً للظن بالمسلم، ثم إن كان نية العامل الوجه الذي يمنع التكفير فهو مسلم، وإن كانت نيته الوجه الذي يوجب التكفير لا ينفعه فتوى المفتي، ويؤمر بالتوبة، والرجوع عن ذلك وبتجديد النكاح بينه وبين امرأته.

ومن أتى بلفظة الكفر مع علمه أنها لفظة الكفر عن اعتقاد فقد كفر، وإن لم يعتقد أو لم يعلم أنها لفظة الكفر، ولكن أتى بها عن اختيار، فقد كفر عند عامة العلماء، ولا يعذر بالجهل، وإن لم يكن قاصداً في ذلك بأن أراد أن يتلفظ بلفظ آخر، فجرى على لسانه لفظة الكفر من غير قصد، وذلك نحو إن أراد أن يقول: لا إله إلا الله، فجرى على لسانه إن مع الله إلهاً آخر، وأراد [٧٩ب/ ٢] أن يقول: بحق أن كي يوحد أي: وما بندٍّ كان فجرى على لسانه على العكس لا يكفر.

وفي «الأجناس» عن محمد نصاً: أن من أراد أن يقول: أكلت، فقال: كفرت؛ إنه لا يكفر، قالوا: هذا محمول على ما بينه وبين الله تعالى، فأما القاضي لا يصدقه، ومن أضمر الكفر، أو أوهم به فهو كافر، ومن قال: لا إله، وأراد أن يقول: لا إله إلا الله فلم يقل: لا يكفر؛ لأنه عقد على الإيمان، ومن كفر بلسانه طائعاً، وقلبه مطمئن بالإيمان فهو كافر، ولا ينفعه ما في قلبه؛ لأن الكافر إنما يعرف من المؤمن بما ينطق به، فإذا نطق بالكفر كان كافراً عندنا وعند الله تعالى، ولو قال: إن كان غداً كذا فأنا أكفر، قال أبو القاسم: فهو كافر من ساعته.

وفي «سير الأجناس»: من عزم أن يأمره غيره بالكفر يكفر على أن يأمره غيره بالكفر كان بعزمه كافراً، ومن خطر بباله أشياء توجب الكفر؛ إن تكلم بها، وهو كاره لذلك لا يضره، وهو محض الإيمان، ومن تكلم بكلمة توجب الكفر، وضحك بها غيره يكفر الضاحك، ولو تكلم بها مذكر وقبل القوم ذلك عنه فقد كفروا، ومن رضي بكفر نفسه فقد كفر، ومن رضي بكفر غيره، فقد اختلف المشايخ فيه، وقالوا: وفي «السير الكبير» مسألة

تدل على أن الرضا تكفير الغير ليس بكفر.

وصورة ما ذكر في «السير»: المسلمون إذا أخذوا أسيراً وخافوا أن يسلم، فكمّوه أي: سدوا فمه بشيء حتى لا يسلم، أو ضربوه حتى يشتغل بالضرب، فلا يسلم، فقد أساؤوا في ذلك، ولم يقل: فقد كفروا، وأشار الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: إلى أن هذه المسألة لا تصلح دليلاً؛ لأن تأويل هذه المسألة أن المسلمون يعلمون أنه لا يسلم حقيقة، ولكن يظهر الإسلام بفيه لينجوا عن شر القتل، فلا يكون هذا منهم رضا بكفره، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في «شرح السير»: أن الرضا بكفر الغير إنما يكون كفراً، إذا كان يستجيز الكفر ويستحسنه، أما إذا كان لا يستجيزه، ولا يستحسنه، ولكن أحب الموت، أو القتل على الكفر لمن كان شريراً مؤذياً بطبعه حتى ينتقم الله منه، فهذا لا يكون كفراً.

ومن تأمل قول الله تعالى: ﴿رَبَّنَا اطْمِسْ عَلَىٰٓ أَمْوَٰلِهِمْ وَاشْدُدْ عَلَىٰ قُلُوبِهِمْ فَلَا يُؤْمِنُوا۟﴾ [يونس: ٨٨] تظهر له صحة ما ادعينا، وعلى هذا: إذا دعى على ظالم أماتك الله على الكفر، أو قال: سلب الله عنك الإيمان، أو دعا عنه بالفارسية: خداي تعالى جان بويكا فربي ستاناد، فهذا لا يكون كفراً إذا كان لا يستحسن الكفر ولا يستجيزه، ولكن تمنى أن يسلب الله تعالى عنه الإيمان حتى ينتقم منه على ظلمه وإيذائه بالخلق، وقد عثرنا على رواية أبي حنيفة أن الرضا بكفر الغير كفر من غير تفصيل.

ثم ما يكون كفراً بلا خلاف يوجب إحباط العمل، ويلزمه إعادة الحج إن كان قد حج، ويكون وطؤه مع امرأته زناً، والولد المتولد في هذه الحالة يكون ولد الزنا، وإن أتى بكلمة الشهادة بعد ذلك إذا كان الإتيان على وجه العادة، ولم يرجع عما قال؛ لأن بالإتيان بكلمة الشهادة على وجه العادة لا يرتفع الكفر، وما كان في كونه كفراً اختلافاً فإن قائله يؤمر بتجديد النكاح وبالتوبة، والرجوع عن ذلك بطريق الاحتياط، وما كان خطأً من الألفاظ، ولا يوجب الكفر فقائله مؤمن على حاله، ولا يؤمر بتجديد النكاح، ولكن يؤمر بالاستغفار، والرجوع عن ذلك، والله أعلم.

نوع آخر
فيما يقال في ذات الله وصفاته

إذا وصف الله تعالى ....[1] وأنكر وعده أو وعيده يكفر، وإذا قال: فلان في عيني كاليهود في عين الله يكفر وعليه جمهور المشايخ وقد قيل: إن عنى به استقباح فعلته لا يكفر، وإذا قال: دست خداي درازاست، فهذا كفر عند أكثرهم، وبعض أصحابنا إن عنى به الخارجة فهو كفر، وإن عنى به القدرة لا يكون كفراً، وإذا قال بين يدي الله، فقد قال مشايخنا: إن هذا اللفظ لا يجوز، وقال بعضهم: يجوز، وقد ذكر

(١) بياض بالأصل.

الخصاف في «أدب القاضي» حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: سمعت رسول الله عليه السلام يقول: «ما من قاضٍ، أو والٍ يؤتى به يوم القيامة حتى يوقف بين يدي الله عز وجل على الصراط»[1]، وإنه صريح في جواز هذا اللفظ، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في «شرح أدب القاضي»: هذا اللفظ موسّع في اللسان في العربية والفارسية، وإن كان الله تعالى منزهاً عن الجمعة، ولكن كثيراً من الآثار ورد بهذا اللفظ، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال: هذا اللفظ يجوز إطلاقه بالعربية والفارسية، ومن يتحرز عن الفارسية فإنما يتحرز مخافة فتنة الجهال، أما من حيث الدين فلا بأس به.

وفي «مجموع النوازل»: إذا قال: باي هذاي بايدكر فتزدرين حادية ينظر إن اعتقد لله تعالى رجلاً وهي الجارحة يكفر، وإن أراد أنه لا نجاة في هذا إلا بالاعتصام بالله لا يكون كفراً، وهذا سائغ في العرف أن يقولون درين كار باي فلان بايدكر فتز ولا يريدون به رجله على الحقيقة، ولكنه شنيع إذا قال فلان: واخداي فريد ست وإزيش حويش رانده است يكفر.

نوع آخر
[٢/١٨٠أ] في ذكر المكان لله تعالى

إذا قال: الله تعالى في السماء عالم أراد به المكان كفر، وإن أراد به الحكاية عما جاء في ظاهر الأخبار لا يكفر، وإن لم تكن له نية يكفر عند أكثرهم، وكذلك إذا قال: خداي فرومي نكر دار اسمان، أو قال: أوم هند أو قال: أو عرش، فهذا كفر عند أكثرهم إلا أن يقول بالعربية: تطلع، ولو قال: وبرا بر اسمان خداي است وبر رمين فلان يكفر، ولو قال: هذا خداي ازبر عرش بزاند، فهذا ليس بكفر، ولو قال: اززبر عرش فيدند فهذا كفر، ولو قال: أرى الله في الجنة، فهذا كفر، ولو قال: من الجنة، فهو ليس بكفر، وإذا قال: به مكاني ذيو خالي به تو درهم مكاني، فهذا كفر، وينبغي أن يقول: جميع الأشياء والأمكنة معلوم الله تعالى وبه ختم.

نوع آخر
فيما يضاف إلى فعل الله تعالى

إذا قال: يا رب اين سيم مبسند فقد قال بعض مشايخنا: إنه كفر، وقال بعضهم: إنه خطأ، وقال بعضهم: إنه ليس بخطأ، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: الأصح عندي أنه ليس بخطأ، قال شمس الأئمة هذا رحمه الله، وكذلك إذا قال بالعربية: يا رب لا ترض بهذا الظلم، قال شمس الأئمة هذا رحمه الله، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿رَبِّ

---

(١) أخرجه السيوطي في الجامع الكبير حديث ٣٠٠٠، وبلفظ قريب منه المتقي الهندي في كنز العمال ١٤٧٣٣.

﴿ٱحۡكُم بِٱلۡحَقِّۗ﴾ [الأنبياء:١١٢]، والله لا يحكم إلا بالحق، ولو قال: خداي برتو سيم كناد حياتك توبر من سيم كردي؛ اختلف المشايخ في كفره، والأصح أنه يكفر، ومن قال: لا يكفر بحمله على معنى جازاك الله على ظلمك، قال الله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى:٤٠]، وجزاء السيئة ليست بسيئة على الحقيقة، ولكن يطلق اسم الشيء على ما يقابله مجازاً، لو قال حين يظلمه ظالم: يا رب إذ وي متدير واكر بونير ترى من بادي نير يدم فقد قيل: إنه كفر، كأنه قال: إن رضيت به فأنا لا أرضى به.

ولو قال: لو أنصف الله تعالى يوم القيامة انتصفت منك يكفر، وكذا لو قال: إن قضى الله يوم القيامة بالحق والعدل أخذتك بحقي؛ لأن هذا شك أنه يعدل وينصف، وخوف منه أنه .....[1]، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، ولو قال: إذا أنصف الله تعالى يوم القيامة انتصفت منك لا يكفر.

وعن بعض أئمة بلخ: أنه سئل عن امرأة أوقعت ولدها في حفرة، فقالت: يا رب حندس سيم ان بو كودك مردو كارها مانا ساخته ماند، قال: كفرت بالله، سئل أبو نصر الدبوسي عن رجل قال: أي حدا وند دودي مرا فراخ كن مامارر كاني من دونه بابن من حور مكن، هل يكفر؟ فلم يجب فيه شيء، وقال أبو حفص: من ينسب الله إلى الجور فقد كفر، ولو قال: الله تعالى جلس للإنصاف، أو قال قائم للإنصاف، أو قال بالفارسية: خداي دادر بستاده است دادر اشتست، فهذا كله كفر؛ لأنه وصف الله بالقيام والقعود، ولو قال لغيره: إن شاء الله كي فلان كار بكي، فقال لي: إن شاء الله بكنم يكفر، ولو قال: بو كار خداي كن....[1] أو كارتو كرد، قال بعض مشايخنا: إن هذا الكلام خطأ، وقال أكثرهم: إنه ليس بخطأ.

ولو مات رجل فقال رجل آخر: خداي طاومي بابست، فهذا كفر، ولو قال لرجل لا يمرض: هذا ممن نسيه الله، أو قال: هذا منسي الله، فهذا كفر عند بعض المشايخ وهو الصحيح، ولو قال به فلان فلان ....[1] بدر سيد، فهذا خطأ عظيم، والذي يقال في الدعاء: اللهم قضاء بدار ما يكردا، فالمراد منه المضي.

نوع آخر
في المتفرقات من جنس المسائل المتقدمة

وإذا قال لخصمه من باتو يحكم خداي كار منكم فقال خصمه: من حكم بدأثم، أو قال: أنتجا حكم فردوا، أو قال: أنتجا حكم نيست أو قال: خداي حاكمي را بشاهد، أو قال: .....[1] بيست حكم حي كند، فهذا كله كفر، ورأيت عن بعض مشايخنا في قوله: انتجا حكم نيست، أنه إن قال ذلك على وجه رد الحكم فهو كفر، وإن قال: على وجه الحزن بأن تغير الزمان لا يكفر، وهذا حسن.

(١) بياض بالأصل.

وسئل الحاكم عبد الرحمن عمن قال: من برسم كاركنم بحكم ني هل هو كفر؟ قال: إن كان مراده فساد الخلق، وترك الشرع، وإتباع الرسم لا رد الحكم لا يكفر، وإذا قالت المرأة لابنها: لماذا فعلت كذا؟ فقال الابن: والله ما فعلت، فقالت المرأة مغضبة: .....[1] والله، فقد اختلف المشايخ في كفرها، ولو قال: خداي بود وهج نبودو.. باشد وهيج نبا شهد، فقد قيل الشطر الثاني من كلام الملاحدة، فإن تحته أن الجنة وما فيها من حور العين ....(١) وهو كفر عند بعض المشايخ خطأ عظيم عند البعض؛ إذا قال لغيره: قد أنعم الله عليك، فأحسن كما أحسن الله إليك، فقال ذلك الرجل روبا حدا جنك لن لمادي أعطيت فلاناً كذا وكذا؛ اختلف المشايخ في كفره، وإذا قال لامرأته: أنت أحب إليَّ من الله؛ فقد كفر، وإذا قال لخصمه: اكر خداي دوجهان كردي سييم اخويش ارتوبستا نم، فقد كفر؛ لأن هذا دعوى منه أنه يغلب ربه، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً.

ولو قال: اكر تبعا مبري، فهذا أيسر من الأول؛ لأنه عليه اللام ....[1] تقلب وبقضاء منه، وقيل: لا يكفر في الفصل الأول أيضاً؛ لأنه يراد بمثل هذا التهويل دون التحقيق [٨٠ب/ ٢] ولو قال: خداي بحق من هم نيكو كرده است بدي ازمنت، إذا قال لغيره: ....[1] قال ذلك في حالة الظلم، فقال ذلك الغير: لا فقد كفروا، ولو قال: ذلك في غير حالة الظلم، وكان عنده ما ....[1] ذلك بحق لا يكفر، وسئل عبد الكريم عمن قال لأمرأته حال المعاينة على ترك الصلوات .....[1] فقالت: لا قال: ينبغي أن لا تكفر بهذا القدر؛ لأن الظاهر أن مرادها من ذلك أن لا يخاف الله ....[1] لا تخاف حقيقة الخوف، ولولا لما عصيناه.

ووجه آخر: أن لهذا الكلام تأويل يمكن أن يقال: لا يخاف من الله؛ لأنه كريم، فلا يحكم بكفره إلا إذا كان هذه المقالة على وجه الاستخفاف والاستهزاء، وعن محمد: أنه سئل عمن أراد أن يضرب إنساناً فقال: ألا تخاف الله؟ فقال: لا، فقال: لا يكفر؛ لأنه يمكنه أن يقول: التقوى فيما أفعل. وإن رآه في معصية فقال: ألا تخاف الله؟ فقال: لا يكفر؛ لأنه لا يمكنه ذلك التأويل، وقال الفقيه أبو بكر في رجل قيل له: ألا تخشى الله؟ فقال في حالة الغضب: لا إنه يصير كافراً، وقيل: ينبغي أن يسأل ماذا أراد بقوله لا، إن أراد به نفي الخوف يكفر، وإن أراد به شيئاً آخر لا يكفر.

ولو قال: اتيك خداي، وأتيك يو، فهذا قبيح من الكلام، ولا يكفر به، وكذلك إذا قال: إنه خداي في تنعيم إن كار، وإن يو، وقال: به خداي اميد ميدان وبه يو، فهذا قبيح من الكلام، ولو قال: إن خداي في تنعيم ونيست تراميد انم، فهو حسن، وإذا طلب يمين خصمه فقال الخصم: احلف بالله، فقال الطالب: لا أريد اليمين بالله، وإنما أريد اليمين بالطلاق، أو قال: بالعتاق، فقد كفَّره بعض أصحابنا، وعامتهم على أنه لا يكفر، ولو

(١) بياض بالأصل.

قال: سوكند توهما نست وينز خر همان فقد، ولو قال: خداي ميد اند كه بغم وشادي، توهمجنا ثم كه يغم، وشادي خويش، عامة مشايخنا قالوا: يكفر ظاهراً، وقال بعضهم: إن كان يقوم بمسائته ومسرته بالمال والبدن كما يقوم بأمر نفسه لا يكفر، ولا كفر.

ولو قال: شادي وغم ما بك كونه»، فهذا ليس بكفر، ولو قال لغيره: خداي ميداند كه بيوسته ترايد عايا ميدادم، فقد اختلف المشايخ في كفره، ولو قال: من حدا تم على وجه المزاح يعني جوة آثم، فقد كفر.

رجل قال لامرأته: تزاحق همسايه نميبايد فقالت: لا، فقال: تراحق سوى نيميبا يد فقالت: لا، فقال: تراحق خداي نه. . .[١]، فقالت: لا، فقد كفرت؛ لأنها لم ترَ حقوق الله تعالى. رجل قال لامرأته في حالة الغضب: ان روسي كه ترا زاد، وإن ملسان كه ترا كشت، وإن خداي كشت، وإن خداي كه ترا افريد، فسئل أبو نصر الدبوسي رحمه الله عن ذلك، فقال: لا يكفر، ولم ينقل عنه معنى ذلك، وكان الشيخ الإمام نجم الدين النسفي رحمة الله عليه يقول: لهذا الكلام تأويل صحيح؛ لأنه ذكر الله تعالى بعد إنشاء القول في أم المرأة وابنها، ولم يذكر له جواباً، ولو ذكر الجواب عنى بذكر ما هو مدح، فلا يجعل كفراً بالشك.

رجل قال لغيره: لا تترك الصلاة، فإن الله تعالى يؤاخذك بذلك، فقال ذلك الغير: لو آخذني الله تعالى، أو قال: لو عاقبني الله تعالى مع ما بي من المرض، ومشقة الولد وسائر الأشغال، فقد ظلمني فقد كفر.

رجل قال في مرضه وضيق عيشه: نادى بداغي كه خداي تعالى مرا جرا افريدست حن ارلذ تهادينا مراهج نيست، فقد لا يكفر؛ لأن الضجر قد حمله على هذا، وقد قال الله تعالى لملائكته: لا تكتبوا على عبدي في ضجره شيء، ولكنه خطأ عظيم.

رجل قال لآخر: إن الله تعالى يعذبك بمساوئك، فقال ذلك الآخر: حدا برانشاند أي خداي همه ن كند كه تو كويين يكفر، قال لآخر: حدا بارفان يونس تياند من جكونه ايم حنين كويد خداي بايو بس نيايد يا حنين كويديا فلان ياخداي وفريشتكان وهيج كيس بر سايد»، فقد كفر؛ لأنه وصف الله بالعجز.

إذا قال الرجل: خداي فلا تراكر اهيت مرا افريدست؛ لا يكفر، قال لآخر: خداي بردل تويخشاياد، فقال الآخر: حدا بردل تويخشاياد يرل من في، إن عنى به الاستغناء عن الرحمة فقد كفر، وإن عنى به أن قلبي ثابت بإثبات الله تعالى غير مضطرب لا يكفر، إذا قال عند الخصومة مع غيره: اكرما دروغ مكوتيم خداي زروغ ميكويد لا يكفر؛ لأن المراد من هذا أن الله لا يكذب.

صبي يبكي ويطلب أباه وأبوه يصلي، فقال للصبي رجل: مكدي كه بدرتوا لله ميكند، فهذا ليس بكفر؛ لأن معناه خدمت الله ميكند، وكذلك إذا قال الرجل به الله رو

---

(١) بياض بالأصل.

ويعني الكتب؛ لا يكفر، رجل قال: ايين كاريست خداي فتاده، فهذا ليس بكفر، رجل قال: تامرمي سوعه بنرخداي بامتهي شود فقد قيل: هذا كفر، إذا قال: باحق سريسر كرديم، فهذا كفر، رجل له ابن فمات، فقال الأب: يأخذ ممن له واحد، ولا يأخذ ممن له عشرة، فقد قيل: نرجوا أن لا يكفر، وكذلك إذا قال: بدادي وبازسيدي، لا يكفر إذا قال: أي شكيبا خداي، فقد قيل: يكفر، وقيل: بخلافه أيضاً، قال المظلوم: هذا بتقدير الله [٨١أ/ ٢] فقال الظالم: أنا أفعل بغير تقدير الله، فهذا كفر، قال: رويا خداي حنك كن قال بعض المشايخ: إنه ليس بكفر، وهكذا حكى فتوى القاضي........(١)

قال رجل: فلا تراقضا بدرسيد، فقال آخر: قصابي خداي.... وهو مذهب القدرية، فإنهم يقولون: الخير من الله والشر منا، رجل ......(١) حرف الكاف في أجر... الله، فقد قيل: إنه كفر من غير فصل.

وفي «الحاوي» في «الفتاوى»: لو كان يعلم ما يقول يكفر، وإن كان جاهلاً يعلَّم، ولا يكفر، ورأيت في بعض «الفتاوى»: أنه إن تعمد تصغير الخالق يكفر، وإن كان جاهلاً لا يدري ما يقول، أو لم يكن له في ذلك قصد؛ لا يكفر؛ وهذا لأن الاسم وإن كان مضافاً، ومضافاً إليه حقيقة، ولكن إذا جعل اسم علم صار له حكم اسم واحد، ولهذا يجمع قولهم عبد الله بالعبادلة، إذا أريد به العلم؟ ولا يقال في جمعه عبيد الله، ولا يثبت إن هذا اسم واحد، فمع الكاف يراد تصغير هذا الرجل الذي جعل هذا الاسم علماً عليه؛ لا تصغير الرب؛ لأنه ليس في الفارسية للتصغير في هذا الاسم حقيقة ....(١) هذا هذا كقولهم: دُرازر يشك بركن لتصغير الرجل؛ لا لتصغير اللحية، وعلى هذا عبد الخالق مع الكاف، وعبد العزيز، وعبد الرحمن.

رجل قال لأعمى أو قال لمريض: خداي ترادید، ومرادید، وتراحنان افريد مراحي كناه، فقد قيل: يكفر؛ لأنه ظن المثل بالرب، وقيل: لا يكفر، وهو الأشبه.

نوع آخر

إذا قال: هو يهودي، فهذا على وجهين؛ إن حلف بهذه الألفاظ على أمر في المستقبل، فهو يمين عندنا، والمسألة معروفة في كتاب الأيمان، فإذا أتى بالشرط؛ هل يكفر؟ ينظر؛ إن كان عنده أنه يكفر متى أتى بالشرط ومع هذا أتى به يكفر، وكفارته أن يقول: لا إله إلا الله، وإن كان عنده أنه لا يكفر متى أتى بالشرط لا يكفر، فكان عليه كفارة اليمين، وإن حلف بهذه الألفاظ على أمر في الماضي بأن قال: هو يهودي، أو نصراني، أو مجوسي إن كنت فعلت كذا أمس وهو يعلم أنه قد كان فعله لا شك أنه ليس عليه الكفارة؛ لأن هذا غموس، وهل يصير كافراً؟ فهو على التفصيل الذي قلنا، إن كان عنده أنه يمين، ولا يكفر متى حلف بهذا لا يصير كافراً، وإن كان عنده أنه يكفر متى حلف بهذا يصير كافراً؛ لأنه يكون هذا منه رضا بالكفر، والرضا بالكفر كفر، هكذا

(١) بياض بالأصل.

اختاره الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي، والشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمهما الله، وعليه الفتوى، فأما إذا قال: يعلم الله أنه فعل كذا، وهو يعلم أنه لم يفعل؛ اختلف المشايخ فيه، قال عامة المشايخ: إنه يكفر، وقال بعضهم: لا يكفر، ولو قال لغيره: «بخداي وبخاك باي تو» يكفر، ولو قال: «بخداي، وبخان وسرتو تو»، ففيه اختلاف المشايخ، والله أعلم.

نوع آخر
فيما يعود إلى الغيب

قالت امرأة لزوجها: «توسر خداي داني»، قال: نعم، فقد كفر، هكذا حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله؛ وهذا لأن الغيب والسر واحد، ومن ادعى الغيب لنفسه يكفر، وحكي أن امرأة شداد أو امرأة خلف بعثت إليه السحور في شهر رمضان على يدي جاريته، وأبطأت الجارية في الرجوع، فاتهمته المرأة بالجارية، وطالت الخصومة بينهما إلى أن قال لها: أتعلمين الغيب، فقالت: نعم، فكتب إلى محمد بن الحسن في ذلك، فكتب محمد أن جدد النكاح، فإنها كفرت بالله.

ومن قال لغيره «خداي نرا ورستول رايو توكواه كردا نيدم»، وأراد به تهديده، ففيه اختلاف المشايخ، وعلى قياس هذه المسألة: يجب أن يكون في المسألة التي ذكرناها في أول هذا النوع اختلاف المشايخ.

رجل تزوج امرأة، ولم يحضره شهود، فقال الرجل: «خداي دا ورسول داكواه دم»، أو قال: «خداي داو فريشتكان راكواه كردم»، فقد كفر؛ لأنه اعتقد أن الرسول والملك يعلم الغيب.

في «فتاوى الأصل»: ولو قال: «فريشته دست داكواه كردم فريشته دستجب راكواه كردم»؛ لا يكفر؛ لأنهما يعلمان ذلك؛ لأنهما لا يغيبان عنه.

في «مجموع النوازل»: وإذا قال: «حوار باركران خواهر شدان»، فقد اختلف المشايخ في كفره، ووجه الكفر ظاهر؛ لأنه ادعىٰ الغيب، وإذا صاحت الهامة، فقال رجل: يموت المريض، كفر القائل عند بعض المشايخ، وإذا خرج إلى السفر، فصاح العقعق؛ يرجع، فرجع من سفره، فقد كفر عند بعض المشايخ أيضاً.

إذا قال لمجوسي: «دست بحه بدنها ده است يعني خداي»، ويعتقد ما قال ويستحسنه، فقد كفر، وإذا قال فلان: «بمرك خويش نخوا هد مردن» يخشى عليه الكفر، وإذا قال: «من يوده ونا بوده بدايم» يكفر، سئل الفضلي عن معنى قوله عليه السلام: «من أتى كاهناً وصدقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد»[1]، فقال: الكاهن الساحر، فقيل له: هذا الرجل، أو المرأة التي يقول أنا أعلم المشروقات، هل يدخل تحت هذا

---

(١) أخرجه أبو داود في الطب حديث ٣٩٠٤.

الخبر؟ قال: نعم، قيل له: فإن قال هذا الرجل أنا أخبر عن أخبار الجن إياي، قال: وإن قال هكذا فهو ساحر كاهن، ومن صدقه فقد كفر؛ لأن إخباره يقع عن الغيب، والغيب لا يعلمه إلا الله، ألا ترى إلى قوله تعالى: [٨١ب/ ٢] ﴿فَلَمَّا خَرَّ تَبَيَّنَتِ الْجِنُّ أَن لَّوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ الْغَيْبَ﴾ [سبا:١٤]، فعلم أن الغيب لا يعلمه جني، ولا إنسي والله أعلم بالصواب.

نوع آخر
فيما يعود إلى الأنبياء

من لم يقر ببعض الأنبياء أو عاب نبياً بشيء أو لم يرض بظنه وحي سنن المرسلين، فقد كفر، وسئل ابن مقاتل عمن أنكر نبوة الخضر وذي الكفل، قال: كل من لم تجتمع الأمة على نبوته لا يضره إن جحد نبوته، لا يضره إن قيل، حكايات «النوازل» وقال أبو حفص الكبير كل من أراد تعليق نقص لنبي فقد كفر، وكذلك لو قال: لو كان فلان نبياً لم أؤمن به فقد كفر.

وفي «فتاوى الصغرى»: المرتد لو قال بالفارسية: «اكرر فلان بيفا مبري بودي من به اونكر ويدمي»، فإن أراد به: لو كان فلان رسول الله لم أؤمن به، فقد كفر، كما لو قال: لو أمرني الله بأمر كذا لم أفعل.

وفي «الجامع الصغير»: إذا وقع بين الرجل وبين صهره خلاف، فقال: إن بشر رسول الله لم أئتمر بأمره، لا يكفر، وإذا قال: إن كان ما قاله الأنبياء صدقاً وحقاً نجونا، فقد كفر، وكذلك لو قال: أنا رسول الله، أو قال بالفارسية: «من بيعا مبرم يريد به بيعا مي يرم»؛ يكفر، ولو أنه حين قال هذه المقالة طلب غيره منه المعجزة، فقد قيل: يكفر الطالب، وبعض المتأخرين من المشايخ قال: إن كان غرض الطالب إظهار عجزه، وافتضاحه لا يكفر، ولو قال لشعر النبي: شُعيرة، يكفر عند بعض المشايخ، وعند بعض المشايخ إلا إذا قال ذلك بطريق الإهانة، ولو قال: لا أدري أن النبي عليه السلام كان إنسياً، أو جنياً يكفر.

ولو قال «محمد درويشك بودا، وقال «حامة بيعا متر ديمناك بودا»، أو قال: كان طويل الظفر، فقد قيل: يكفر مطلقاً، وقد قيل: يكفر إذا قال على وجه الإهانة، ولو قال للنبي عليه السلام ذلك لرجل، قال: كذا، وكذا، فقد قيل: إنه يكفر، وقيل: لا يكفر، فقد صح أن رسول الله لما بعث جماعة من أصحابه، بقتل كعب بن الأشرف استأذنوا منه أن يقولوا شيئاً يخادعونه وهو يعتمد عليهم، فأذن لهم رسول الله عليه السلام في ذلك، فقال واحد منهم لكعب: إن خروج هذا الرجل كان من البلاء علينا، ولو كان ذلك كفراً لما قاله.

لو شتم الرجل رجلاً اسمه محمد أو أحمد، أو كنيته أبو القاسم، وقال له: يا ابن الزانية، «وحركه خداي دان ابن اسم اونه ابن كنيت سيره بسبب» فقد ذكر في بعض المواضع أنه لا يكفر؛ لأن الأوهام لا تسبق عند ذكر هذه المقالة إلى النبي عليه السلام، وذكر في بعض المواضع أنه إذا كان ذاكراً للنبي عليه السلام يكفر.

وفي إكراه «الأصل»: إذا أكره الرجل على أن يشتم محمداً ، فهذا على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقول: لم يخطر ببالي شيء، وإنما شتمت محمداً ، كما طلبوا مني، وأنا غير راضٍ بذلك، وفي هذا الوجه لا يكفر، وكان كما لو أكره على أن يتكلم بالكفر، فتكلم به، وقلبه مطمئن بالإيمان.

الوجه الثاني: أن يقول: خطر ببالي رجل من النصارى اسمه محمد، فأردت بالشتم لذلك النصراني، وفي هذا الوجه لا يكفر أيضاً؛ لأنه لم يشتم محمداً .

الوجه الثالث: أن يقول: خطر ببالي رجل من النصارى اسمه محمد، فلم أشتم ذلك النصراني، فإنما شتمت محمداً ، وفي هذا الوجه يكفر في القضاء، وفيما بينه وبين ربه؛ لأنه شتم محمداً طائعاً؛ لأنه أمكنه رفع الإكراه عن نفسه بشتم محمد آخر خطر بباله، فيكون طائعاً في شتم محمد ، وإنه كفر.

ومن قال: جنَّ النبي عليه السلام يكفر، ومن قال: أغمي على النبي عليه السلام؛ لا يكفر في «نوادر الصلاة»: لشمس الأئمة الحلواني رحمه الله. وسئل أبو حنيفة رحمه الله عمن يقول: إن محمداً رسول الله إلا أنه يحب أن يشتمه، قال: هذا رجل لم يعرف الله؛ لأنه لو عرفه لم يحب أن يشتم رسوله، إذا قال: لو لم يأكل آدم الحنطة ما وقعنا في هذه البلايا، ففي كفره اختلاف المشايخ، وإذا روى رجل حديثاً من النبي عليه السلام، فرده آخر قال بعض مشايخنا: إنه يكفر، ومن المتأخرين من قال: إن كان متواتراً يكفر، وكذلك لو قال بطريق الاستخفاف سمعناه كثيراً يكفر، إذا تمنى أن يلقى نبياً من الأنبياء إن أراد الاستخفاف بذلك النبي وعداوته يكفر.

ولو قال: رجل مع غيره كان رسول الله عليه السلام يحب كذا بأن قال مثلاً: كان يحب القرع، فقال ذلك الغير: أنا لا أحبه، فهذا كفر، هكذا روي عن أبي يوسف نصاً وبعض المتأخرين قالوا: إذا قال ذلك على وجه الإهانة كان كفراً، وبدونه لا يكون كفراً، وإذا روى رجل لغيره أن رسول الله عليه السلام قال: «بين منبري وقبري روضة من رياض الجنة»[1]، فقال ذلك الرجل: «من منبر وخطره من يسيم خيذي ديكريمي بيتسم»، فقد قيل: يكفر.

رجل قال لامرأته: «مراسيم نيست»، فقالت امرأته: إنك تكذب، فقال الرجل: لو شهد الأنبياء، والملائكة عندك «كه مراسيم نيست» لا تصدقينهم، فقالت: نعم لا أصدقهم، ذكر في «مجموع النوازل» إنها تكفر، وفيه أيضاً: رجل قال مع غيره: إن آدم صلوات الله عليه نسج الكرباس، فقال ذلك الرجل :«نس ماهف حولا هه بجكاهر باسم»، فهذا كفر؛ [٨٢أ/ ٢] لأنه استخف بنبي الله عليه السلام.

رجل قال مع آخر: كل ما كان يأكله رسول الله عليه السلام كان يلحس أصابعه

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٤٠١، وعبد الرزاق في المصنف ٥٢٤٥.

الثلاث، فقال ذلك الرجل: ليس. . . .[١] سبب فهذا كفر. رجل قال لآخر: البس الثياب البيض، فإن هذا سنة رسول الله عليه السلام، فقال ذلك الرجل: لو كان هذا سنة رسول الله «حس معان دست برديد فإنهم يلبسون الثياب البيض، فقد قيل: هذا استخفاف بسنة رسول الله عليه السلام وهذا كفر، رجل قال لآخر: احلق رأسك وقلّم أظفارك، فإن هذا سنة رسول الله عليه السلام، فقال ذلك الرجل: لا أفعل، وإن كان سنة؛ فهذا كفر؛ لأنه قال ذلك على سبيل الإنكار، وكذا في سائر السنن خصوصاً في سنة نبي معروفة، وثبوتها بالتواتر كالسواك وغيره.

فقد روي عن محمد بن مقاتل: لو أن أهل بلدة أجمعوا على ترك السواك، قاتلناهم كما يقاتل الكفار؛ في نسخة الإمام الحجولني، ورأيت في موضع آخر: إذا قال الرجل لغيره: سوِّ شاربك، أو قص شاربك، فإنه سنة، فقال: لا أفعل، إن أنكره أصلاً يكفر، وفي نسخة الإمام الحجولني أيضاً، «جه نصز رنيم است دهقانان راكه طعام نحو رند ودستها ني شويند» قال: إن قال تهاونا بالسنة يكفر.

وفي «مجموع النوازل»: إذا قال الرجل: «جه بكاريدست بسبب» أنه يكفر؛ لأنه استخف بالسنة، قال لغيره: سلب بنسب كرده وكنره دي، فكنره أو قال: اين حي رسم است بسبب بنسب كردن ودستارير يركلوا اندرا وردن قال: ذلك على سبيل الطعن بسنة رسول الله عليه السلام، فقد كفر.

نوع آخر
في رد الأوامر الشرعية

إذا قال: لو أمرني الله تعالى بكذا لم أفعل، أو قال: لو صارت القبلة إلى هذه الجهة ما صليت، فقد كفر، وكذلك لو قال: لو أعطاني الله الجنة لا أريدها دونك، أو قال: لا أدخلها دونك، أو قال: لو أمرت أن أدخل الجنة مع فلان لا أدخلها، أو قال: لو أعطاني الله الجنة لأجلك أو لأجل هذا العمل، أو قال: لا أريدها، وأريد رؤيته فهذا كله كفر، وبه ختم.

نوع آخر
فيما يعود إلى الملائكة

إذا قال لغيره: رؤيتي إياك برؤية ملك الموت، فهو خطأ عظيم، وهل يكفر هذا القائل؟ فيه اختلف المشايخ؛ بعضهم قالوا: يكفر، وأكثرهم على أنه لا يكفر، وكذلك لو قال: «خوي روي فلان بيمنى يندار ملك الموت است»، ولو قال: «روي فلان را دشمن ميدازم جون روي ملك الموت، وأكثر المشايخ على أنه يكفر، رجل قال لآخر: «من فريسه توم» في موضع كذا أمسك على أمرك، فقد قيل: إنه لا يكفر، وكذا إذا قال مطلقاً: أنا ملك بخلاف ما إذا قال: أتاني والله أعلم.

---

(١) بياض بالأصل.

نوع آخر
مما يتعلق بالقرآن

إذا أنكر أنه من القرآن، أو سخر بأنه من القرآن، فقد كفر، ومن زعم أن المعوذتين ليستا من القرآن، فقد ذكر في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله أنه لا يكفر، روي عن ابن مسعود، وأبي بن كعب أنهما ليستا من القرآن، فلهذا الكلام تأويل، فلا يكفر، وبعض المشايخ على أنه يكفر، وحكي عن القاضي الإمام جمال الدين ـ خالي رحمه الله ـ؛ أنه قال في ذكر في آخر «تفسير أبي الليث» رحمه الله: حدثنا أن من زعم أن المعوذتين ليستا من القرآن، فأولئك عليهم لعنة الله، والملائكة، والناس أجمعين. ومثل هذا الوعيد إنما ورد في حق الكفار دون المؤمنين، ولأن الأمة أجمعت بعد الصدر الأول أنهما من القرآن، والإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم، والأول أقرب إلى الصواب؛ لأن الإجماع المتأخر لا يرفع الخلاف المتقدم عند أبي حنيفة وأبي يوسف على ما هو المذكور، وعند علمائنا رحمهم الله على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فبقي لهذا الكلام تأويلاً صحيحاً، فلا يوجب الكفر؛ بخلاف ما إذا أنكر آية أخرى من القرآن؛ لأنه لا تأويل في آية أخرى أما ههنا بخلافه، وإذا قرأ القرآن على ضرب الدفّ أو القضيب فقد كفر.

رجل يقرأ القرآن فقال رجل: «اين جي بأنك طوفان است»، فهذا كفر، معلمة قالت: «باقران فريدة سد است سيم سنبدي نهاده شده است»؛ تكفر؛ لأن هذا قول بخلق القرآن، وقيل: لا تكفر؛ لأنهم لا يريدون بهذا الخلق حقيقة الخلق المكفر، وإذا قال لغيره: قل هو الله أحد «رايو ست يردى»، أو قال: ألم نشرح راكريبان كرفيه، أو قال لمن يقرأ عند المريض: «بس دردهان مرده منه، فهذا كله كفر، وكذلك إذا قال لغيره: «أي كويه براز إنا أعطيناك»، فهذا كفر أيضاً، وإذا قال لمن يقرأ القرآن، ولا يتذكر كلمة، ﴿وَٱلْتَفَّتِ ٱلسَّاقُ بِٱلسَّاقِ﴾ [القيامة: ٢٩]، أو ملأ قدحاً وجاء به، وقال ﴿وَكَأْسًا دِهَاقًا﴾ [النبأ: ٣٤] أو قال: «فكانت شراباً» بطريق المزاح أو قال عند الكيل أوالوزن، ﴿وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾ [المطففين: ٣] يريد به المزاح، فهذا كله كفر.

وإذا قال لغيره: «خانه حيان باك كرده لي جون، ﴿وَٱلسَّمَآءِ وَٱلطَّارِقِ﴾، فقد قيل: يكفر، وقال الإمام أبو بكر بن اسحاق: إن كان القائل جاهلاً؛ لا يكفر، وإن كان عالماً يكفر، وإذا قال لغيره: «دستار ألم نشرح بسبه إلى معنى أنديت العلم»، فهذا كفر، ولذلك إذا [٨٢ب/ ٢] جمع أهل موضع، وقال: ﴿وَحَشَرْنَٰهُمْ فَلَمْ نُغَادِرْ مِنْهُمْ أَحَدًا﴾ [الكهف: ٤٧]، أو قال: ﴿فَجَمَعْنَٰهُمْ جَمْعًا﴾ [الكهف: ٩٩]، أو قال: عبداً فقد كفر؛ لاستخفافه بالقرآن، وكذلك إذا قال له آخر المعلم، فقال له آخر: «سريتني ياك كن» فهذا كفر، وكذلك إذا دعي الرجل إلى الصلاة بجماعة فقال: أنا أصلي وحدي، فإن الله تعالى يقول: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ﴾ [العنكبوت: ٤٥] أو قال لرجل «افزغ استمك» فإن الله تعالى قال: ﴿كَلَّا بَلْ رَانَ﴾ ، فهذا كله كفر.

وكذلك إذا قال لغيره: «طفشيك محور، فإن الطفشيك يذهب بالريق» قال الله تعالى: ﴿فَتَفْشَلُواْ وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾ [الأنفال: ٤٦]، فقد كفر؛ إذا أراد به الطنز، ولو قال لغيره كيف يقرأ والنازعات نزعاً بنصب النون، أو برفع النون، وأراد به الطنز يكفر، وإذا قال: قاعاً صفصفاً شد ست، فهذه مخاطرة عظيمة أيضاً، وإذا قال لنا: في القدر الباقيات الصالحات، فهذه مخاطرة عظيمة؛ إذا قال: القرآن أعجمي يكفر، ولو قال: فيه كلمة عجمية ففي أمره نظر، هكذا ذكره أبو القاسم المفسر، وبه ختم.

نوع آخر
فيما يتعلق بالصلاة والزكاة والصوم

وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد عن أبي يوسف أنه قال: الصلاة ركوعها وسجودها فريضة من الله، فمن قال: ليست بفريضة، فقد أخطأ، ولم يكفر؛ لأنه متأول، وأراد بهذا التأويل: أن الصلاة قد تجوز بدون الركوع والسجود، وتقع فرضاً، فإن عجز عنها فقد أشار إلى مثل هذا التأويل بمنع التكفير، وإن لم يكن معتبراً من كل وجه.

وفي «الجامع الصغير»: قال أبو حفص الكبير رحمه الله: إذا قيل لمريض صلِّ، فقال: والله لا أصلي أبداً، فلم يصلِّ حتى مات ولو جاز لي لقلت ارموه، ولا تصلوا عليه؛ لأنه مات كافراً، قال صاحب «الجامع الصغير»: وجه ذلك أنه قال ذلك على وجه التهاون والاستخفاف، ومن فعل ذلك صار كافراً، ورأيت في موضع آخر إذا قيل لرجل: صل، فقال: لا أصلي يكفر عند بعض المشايخ، وقال بعضهم: إذا قيل ذلك لصلاة الفريضة في وقتها يكفر، ولو أراد بقوله: لا أصلي بأمرك لا يكفر، ورأيت في موضع آخر من قال للمكتوبة: لا أصليها اليوم، إن أراد بذلك رداً على الله فقد كفر، وإن أراد به حكاية لا يكفر.

وفي «واقعات الناطفي»: قال محمد رحمه الله: قول الرجل لا أصلي يحتمل أربعة أوجه:

أحدها: لا أصلي؛ لأني صليت.

والثاني: لا أصلي بأمرك، فقد أمرني بها من هو خير منك.

والثالث: لا أصلي فسقاً ومجانةً فهذه الثلاث ليس بكفر.

والرابع: لا أصلي إذ ليس تجب عليَّ الصلاة، ولم أؤمر بها؛ يعني جحوداً بها، وفي هذا الوجه يكفر، قال الناطفي: إذا أطلق وقال: لا أصلي؛ لا يكفر لاحتمال هذه الوجوه، وإذا صلى، وقال: «مَجْدَك كزاردم» يكفر، وإذا قيل لرجل: صلِّ، فقال: «فلسان بودكي نماز كند، وقال: «دبرست كي سكارن كرده أم»، أو قال: «كي بواند ريركار داسه بردن، أو قال «جرد مند دركاري سابدكي به سر سوايد بردن»، أو قال: «مردمان زبهر ما ميكنند»، أو قال: «سريمارني شسته أم» أو قال: «به كد بوردا ده أم» أو قال: «باش ياماه رمضان سايد باحمد كنم بافار حمله مي كند ومي كويد خداوند هام هام حمله كزادن

دوسير دار»، أو قال: «تمارمي كيم جيزي برسونمي بدا»، أو قال: «يونما زكردي هبرا سوا وردي»، أو قال: «يمار كراكنم، وما درويدر من مرده اند»، أو قال: «زندة اند»، أو قال: «بمار كرده يكيست» أو قال: حندار يمازكي مرادل بكرفت»، أو قال: «تماز حيزني نيست كي اكزميما نه كنده سود قال يرمين فروشوو»، فهذا كله كفر، وكذلك إذا قال: «نوش كاري لي نماذي»، فهو كفر.

وكذا إذا قال رجل لغيره: صلِّ حتى تجد حلاوة الطاعة، أو قال له بالفارسية: «يمازكن يا حلاوه نما زكردن» فقال له ذلك الرجل: «يومكن يا حلاوت في بمازي معي» يكفر، وإذا قيل لرجل: صلِّ، فقال: إن الله تعالى نقص من مالي، فأنا أنقص عن حقه، فهو كفر.

رجل يصلي في رمضان لا غير، ويقول: «جود سياراست» أو يقول: «ربادت في ابد»؛ لأن كل صلاة في رمضان تساوي سبعين صلاة يكفر، إذا قال للتراويح محرك عمرك، فهذا كلام الروافض لعنهم الله. إذا صلى إلى غير القبلة متعمداً فوافق ذلك القبلة، قال أبو حنيفة رحمه الله: كافر كالمستخف به، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، قال الفقيه هذا رحمه الله، وكذا إذا صلى بغير طهارة و صلى مع الثوب النجس، وقال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله: لو صلى إلى غير القبلة متعمداً، أو مع الثوب النجس متعمداً؛ لا يكفر، ولو صلى بغير وضوء متعمداً؛ يكفر، قال الصدر الشهيد رحمه الله، وبه نأخذ، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في أيمان «الجامع»: لو صلى بغير طهارة لا يكفر.

وفي كتاب «التحري»: إذا تحرى ووقع تحريه على جهة، وترك تلك الجهة، وصلى إلى جهة أخرى، روي عن أبي حنيفة أنه قال: خشي عليه الكفر لإعراضه عن القبلة، واختلف المشايخ في كفره؛ وهذا لأنه لما وقع تحريه إلى جهة انتصبت تلك الجهة قبلة في حقه، فصار كما لو رأى القبلة، وصلى إلى غيرها، وهناك اختلف المشايخ في كفره؛ قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرح كتاب «التحري»: والأظهر أنه إذا صلى إلى غير القبلة على وجه الاستهزاء، والاستخفاف [٨٣أ/ ٢] يصير كافراً؛ قال رحمه الله في شرح كتاب «التحري»: وأما إذا صلى بغير طهارة؛ ذكر في «النوادر» أنه يصير كافراً، وذكر في «المبسوط» حكم الصلاة بغير طهارة من حيث الجواز والفساد، ولم يتعرض للكفر، وبعض مشايخنا أخذوا برواية «النوادر»، وبعضهم أخذوا برواية «المبسوط» ولو ابتلي إنسان بذلك لضرورة بأن كان يصلي مع قوم فأحدث، واستحيى أن يظهر وكتم ذلك، وصلى هكذا، أو كان يقرب من العدو، فقام يصلي، وهو غير طاهر؛ قال بعض مشايخنا: لا يصير كافراً؛ لأنه غير مستهزىء ومن ابتلي بذلك لضرورة أو لحياء ينبغي أن لا يقصد بالقيام قيام الصلاة، ولا يقرأ شيئاً، وإذا حنى ظهره لا يقصد الركوع ولا يسبح حتى لا يصير كافراً بالإجماع.

وإذا صلى في ثوب نجس قال بعضهم: لا يصير كافراً، وكذا إذا صلى على مكان

نجس؛ قال بعضهم: لا يصير كافراً، ولو اقتدى بصبي، أو امرأة، أو مجنون، أو جنب، أو محدث، وصلى صلاة الوقتية وعليه فائته وهو ذاكر لها؛ لا يصير كافراً في قولهم جميعاً.

قيل لرجل: أدِّ الزكاة، فقال: لا أؤدِّ يكفر، هكذا قيل، وقيل في الأموال الباطنة لا يكفر، وفي الأموال الظاهرة يكفر، وينبغي أن يكون فصل الزكاة على الأقاويل التي ذكرنا في فصل الصلاة، ولو قال: ليت صوم رمضان لم يكن فرضاً، فقد اختلف المشايخ في كفره، والصواب ما نقل عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله أن هذا على نيته إن نوى أنه قال ذلك من أجل أن لا يمكنه أداء صومه لا يكفر، ولو قال عند مجيء شهر رمضان: «امدان ماه كران»، أو قال: جاء الضيف الثقيل، يكفر في نسخة الحجولني، إذا قال عند دخول رجب بعضها «انداد فناديم»، إن قال ذلك تهاوناً بالشهور المفضلة يكفر، وإن أراد به التعب لنفسه لا يكفر، وينبغي أن يكون الجواب في المسألة الأولى على هذا الوجه.

رجل قال: «ماه رمضان روزه بكزايد»، فقد قيل: إنه يكفر، وقال الحاكم عبد الرحمن: لا يكفر؛ لأن المراد من هذا ضعفه وجوعه، إذا قال: «حندارين روزه كي مرادل بكرفت»، فهذا كفر، إذا قال: هذه الطاعات جعلها الله عذاباً علينا؛ إن تأول ذلك لا يكفر، وتأويله أن يقول: «أين طاعتها ترماريح است»، وكذا لو قال: لو لم يفرض الله تعالى هذه الطاعات كان خيراً لنا لا يكفر إن تأول ذلك، والله أعلم.

نوع آخر
فيما يتعلق بالأركان

إذا تشاجر رجلان فقال أحدهما: لا حول ولا قوة إلا بالله، فقال الآخر: «لا حول بكار نيست»، أو قال: «لا حول راحكنم إن حقي»، أو قال: «لا حول لا يغني من جوع» أو قال: «لا حول رامكاسه اندرني توان كردن وسكستق»، وكذلك إذا قال ذلك عند التسبيح والتهليل، وكذلك إذا قال أحدهما: سبحان الله، فقال الآخر: سبحان الله «راتوسب بردى»، أو قال «بوست بازكردي»، فهذا كفر.

ومن أكل طعاماً حراماً، وقال عند الأكل: بسم الله، فقد حكى الإمام المعروف بالمستملي عن مشايخه أنه يكفر لاستخفافه على اسم الله، ولو قال عند الفراغ عن الأكل: الحمد لله، فقد قال بعض المشايخ: إنه لا يكفر؛ لأنه شكر الله تعالى «مران كي رسوانكردش، ولعمه بخلق وي اندرني ماندوا تعاقست له اكر قدح مي كيرد وبسم الله كويد، بخورد كافر كردد وهمجنين بوفت منا شرت زنا مايه ووقت قمار كعب من مكيرد وكويد، بسم الله كافر كردد بحكم استخفاف برنام خداي عز وجل».

وإذا سمع الآذان وقال: هو يكذب؛ يكفر، وإذا قال لآخر: قل لا إله إلا الله، فقال: لا أقول، قال بعض المشايخ: هو كفر، وقال بعضهم: إن عنى به أني لا أقول بأمرك؛ لا يكفر، وقال بعضهم: لا يكفر مطلقاً؛ إذ الغرض والمطلوب ذكر كلمة

الإخلاص مرة، ولو قال به كعين اين كلمة جه برسرا وردي بامن بكونم يكفر.

رجل عطس مرات، فقال له رجل يحضر: يرحمك الله مرة، فعطس مرة أخرى؛ فقال له ذلك الرجل: «تحان امداز يرحمك الله كفتن»، أو قال: «دل تيك سد» ماد، أو قال: «ملول شديم»، فقد قيل: لا يكفر، والجواب صحيح؛ لأن قوله: يرحمك الله دعاء له، ولو كان قال له: ضاق قلبي من دعائك؛ لا يكفر؛ كذا ههنا، وإذا سمع المؤذن يؤذن، فقال السامع: «ابن بانك ماستا نست» يكفر.

نوع آخر
فيما يتعلق بأمور القيامة، والبعث، والميزان، والحساب

من أنكر القيامة أو الجنة أو النار أو الميزان أو الصراط أو الحساب أو الصحائف المكتوبة فيها أعمال العبد يكفر، وإذا قال الرجل لغيره: أدِّ العشرة التي لي عليك في الدنيا، وإلا آخذ منك يوم القيامة، فقال له خصمه: أعطني عشرة أخرى «ويران جهان نيست بأن حواه» أو قال: «ويدان وجهان نيست بازدهمت»، بعض المشايخ قالوا: لا يكفر، وقال أكثرهم يكفر، وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله؛ لأن هذا منه استخفاف بالقيامة، رجل قال لظالم: «باش ما بمحشر»، فقال الظالم: «مرا بمحشرجة كار»؛ فهذا لأنه إن كان في اعتقاده أنه لا محشر، ولا قيامة، فهذا منه إنكار للقيامة، وإنكار للمحشر [٨٣ب/ ٢] وإنه كفر، وإن كان في اعتقاده أن القيامة كائنة كان هذا القول منه على وجه الاستخفاف بالقيامة، وإنه كفر أيضاً، وإذا قال: لا أخاف القيامة، أو قال: «فلان بفلان زن قيامت»، فهذا كفر، وإذا قال لخصمه: آخذ منك حقي في المحشر، فقال خصمه: «دران انبوسي مراكحا ياني»، فقد اختلف المشايخ في كفره.

وذكر في «فتاوى أبي الليث» أنه لا يكفر، وإذا قال: «همه به لي به اين جهان مي بايدان جهان هرحكونه خوانتي باش»، فهذا كفر، قال رجل: «لمزأهي بنعشيى تا ازبهشت ازان سونيفتي»، قال أكثر أهل العلم: إنه يكفر، قيل لرجل: اترك الدنيا لأجل الآخرة، قال: أنا لا أترك النقدي بالنسيئة قال: يكفر، في نسخة الحجولني، قال «هركي باين جهان لي خود بوديان جهان حن كشته دربده بود»، قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله: هذا طنز وهزء بأمر الآخرة، فيوجب كفر القائل، وسئل الشيخ الإمام هذا رحمه الله عمن وضع ثيابه في موضع، وقال: سلمتها إلى الله، فقال له آخر: قد سلمتها إلى من لا يمنع السارق إذا سرق؛ هل يكفر هذا القائل؟ قال: لا.

نوع آخر
في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

رجل قال: الأمر بالمعروف؛ «غوغا امدان»، قال ذلك على وجه الرد والإنكار يخاف عليه الكفر؛ لأنه فريضة، ومن أنكر الفريضة يكفر.

رجل قال لآخر: «بخان فلان روو او راو أمر بمعروف كن»، فقال ذلك الرجل:

«مرا أوجه كردست»، أو قال: «مرد اروجه ازارست»، أو قال: «مراروا است»، أو قال: «من عافيت كزيدة أم»، أو قال: «مرايا فضولي جه كار»، فهذه الألفاظ كلها كفر، رجل قال لغيره: أعني على الأمر بالمعروف، فقال ذلك الرجل: «رَذْهان كي بامس شده آن» عنى به نفس الأمر بالمعروف ومعناه، بامس كه كار بامس مي كني، فهذا كفر، وإن عنى به فعله، ومعنى عرض توار أمر بمعروف حقيقت أمر به معروف نييست «عرض تواراه است وادار كردن بامس كاري باسد»، فهذا لا يكون كفراً، وبدون الاستفسار لا يحكم بكفره؛ لأن الظاهر أن مراد المسلم هو الثاني دون الأول، والله أعلم.

نوع آخر
فيما يتعلق بالحلال والحرام

قيل لرجل: حلال واحد أحب إليك؛ أم حرامان؟ قال: أيهما أسرع وصولاً يخاف عليه الكفر، وكذلك إذا قال: «مال بايد خواه حلال وخواه حرام»، ولو قال «باحرام بايم كرد حلال في كردم»؛ لا يكفر، ولو تصدق على فقير شيئاً من المال الحرام يرجو الثواب يكفر، ولو علم الفقير بذلك فدعا له وأمن المعطي، فقد كفر، قيل لرجل: كل من الحلال، فقال ذلك الرجل: الحرام أحب إليَّ يكفر، ولو قال مجيباً له: «درين جهان يك جلال خوار بيار ما اقرا سجده كنم» يكفر؛ مسلم قال: «هولش كارنست حرام خوردن»، فقد قيل: إنه كفر، وهو عندي مشكل، قال لغيره: «كلا الحلال، فقال مرا حرام شايد»؛ يكفر.

إذا قال: الخمر ليست بحرام، فهو كافر، والمسألة منصوصة عن أبي يوسف، وهكذا ذكر في آخر إيمان «الواقعات»، وأشار إلى المعنى، فقال: ؛ لأنه استحل الحرام قطعاً، ولا يعذر بالجهل؛ لأنه ظاهر، وذكر «البقالي»: أن تعليق استحلال الخمر، والخنزير والميتة بالفعل ليس بيمين إلا رواية عن محمد في تعليق استحلال الميتة، وتعليق الكفر بالفعل يمين بلا خلاف؛ ذكرناه في كتاب «الأيمان»: لو كان استحلال الخمر كفراً لكان تعليقه بالفعل يميناً، ولو قال: الخمر حرام لكنها ليست هي هذه التي يزعمون أنها حرام، قال أبو يوسف رحمه الله: أضربه، وأنهاه، وأعلمه بذلك، ولكن لا يكون كافراً.

في أول «المنتقى»: في مقدمة بيان المذهب، ولو قال مسلم: حرمة الخمر، ما ثبتت بنص القرآن، فقد كفر، استحلال الجماع في حالة الحيض كفر، وفي حالة الاستبراء بدعة، وضلال لا كفر، وعن إبراهيم بن رستم رضي الله عنه أنه قال: إن استحل متأولاً أن النهي ليس للتحريم؛ لا يكفر، ولو استحل مع اعتقاد النهي مقيداً الحرمة يكفر، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله مال إلى التكفير من غير تفصيل، وهكذا ذكر في «النوازل» عن ابن رستم، وفي آخر «أيمان القدوري» عن أبي يوسف: من حلف لا يطأ امرأة، وطئاً حراماً، فوطىء امرأته الحائض، أو التي ظاهر منها لم يحنث إلا أن ينوي ذلك، ورأيت في بعض الكتب أن استحلال جماع الحائض ليس بكفر، ألا ترى أن جماع الزوج الثاني لو وقع في حالة الحيض يحلها على الزوج الأول.

نوع آخر
في العلم والعلماء، والأبرار والصالحين، وطلب أحد الخصمين صاحبه عن الذهاب إلى الشرع وإلى باب القاضي

جاهل قال: «انهاكي علم مي ايو زندستانها است كه مي موزند»، أو قال: «باداست ايجه ميكويند»، أو قال: «يزو تراست»، أو قال: «من علم جيل رامنكرم»، فهذا كله كفر.

رجل رجع عن مجلس العلم، فقال له امرأتان «لنشت امدي»، فهذا كفر، قال لرجل: اذهب معي إلى مجلس العلم، فقال: من يقدر على الإتيان بما يقولون، أو قال: «مرا يا مجلس علم جه كاد»، أو قال: «علم دركاسه سوان يريد كردن» هذا كله كفر، ولو قال: «مرا جنداني مشغول دلي زن وفرزند است» [١٨٤أ/ ٢] كي به مجلس على نمحي رسم فهذا مخاطرة عظيمة إن أراد به التهاون بالعلم، وإذا قال: «درم بايد علم جه بكار آيد» يكفر.

في «مجموع النوازل»: وإذا قال لعالم سوء «علم ررايكاسه اندر شكن» يكفر، وإذا كان الفقيه يذكر شيئاً من العلم أويروي حديثاً صحيحاً، فقال آخر: «اين هيج نيست ورد ما» وقال: «اين سنجق جه بكار ايد درم نايد كيي امروزجسمت درم راست وعلم كرايكار مي يد»، فهذا كفر.

ومن أبغض عالماً أو فقيهاً من غير سبب ظاهر خيف عليه الكفر، إذا قال: «فيدلنا ذكردن به ازد انشمندي كردن» فهذا كفر، امرأة قالت: «لعنت برشوي دايسمندياد» تكفر؛ لأنها استخفت بالشريعة.

وفي «فتاوى الأصل»: رجل قال لعالم: ذكر الحمار في است علمك، إن أراد به علم الدين؛ يكفر، قال: فعل دانشمندان همانست، وفعل كافران هما يكفر، قيل: هذا إذا أراد به جميع الأفعال، فيكفر تسوية بين الحق والباطل، وإذا خاصم فقيهاً في حادثة، وبين الفقيه له وجهاً شرعياً فقال ذلك المخاصم: اين دانشمندي بود، أو قال: دانشمندي يكن كه يس برود يخاف عليه الكفر، وإذا قال الفقيه: اي دانشمندي، أو قال لعلوي: اي علوتك؛ لا يكفر إن لم يكن قصده الاستخفاف بالدين.

حكي أن فقيهاً وضع كتاباً في دكان رجل، وذهب ثم مرَّ على ذلك الدكان، فقال له صاحب الدكان: دستره فراموش كردى، فقال الفقيه مرايد كان توكيا بسبب دستره لي، فقال صاحب الدكان: درود كريد ستره جوب ني برود شماته كتاب خلق مردمان. فشكى الفقيه في ذلك إلى الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل، فأمر بقتل ذلك الرجل.

رجل يجلس على مكان مرتفع ويتشبه بالمذكرين ومعه جماعة يسألون منه المسائل، ويضحكون منه، ثم يضربونه بالمخراق، فقد كفروا جملة؛ لاستخفافهم بالشرع، وكذا لو لم يجلس على مكان مرتفع، ولكن يستهزىء بالمذكرين ويتمسخر، والقوم يضحكون، فقد كفروا، وكذا الرجل إذا كان يتشبه بالمعلمين في مجمع، ويأخذ الخشب بيده، ويجلس

الصبيان حوله، ويستهزىء بالمعلمين، والقوم يضحكون منه، فقد كفروا، رجل عرض عليه خصمه فتوى عليه جواب الأئمة، فرده، وقال: «حي بارباق فتوى أورده أي» فقد قيل: يكفر؛ لأنه رد حكم الشرع، وكذا لو لم يقل هكذا، ولكن ألقى الفتوى على الأرض، وقال «ابن جه شرعست»، فهذا قد كفر، رجل استفتى عالماً في طلاق امرأته، فأفتى العالم بوقوع الطلاق، فقال المستفتي: «من طلاق ملاق جي دانم مادر كوكجان بايد كي يتجابه يود أفتى القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله بكفره.

ورأيت في موضع آخر: إذا جاء أحد الخصمين إلى صاحبه بفتوى الأئمة، فقال صاحبه: ليس كما أفتوا أو قال: لا يعمل بهذا، كان عليه التعزير؛ لأنه أشبه المنكر، قال رجل . . . . .[1] يريد خير من العلم يكفر بخلاف ما إذا قال: خير من الله حيث لا يكفر؛ لأن في قوله خير من الله له تأويل صحيح بأن يقول: أردت به أنها نعمة من الله، وما أردت الاستخفاف بالله، أما في قوله خير من العلم له تأويل آخر، فيتعين الاستخفاف بالعلم فيكفر، رجل قال لرجل مصلح: «ديداروي يرد من حنا نست جون ديدار خوك»، فقيل: يخاف عليه الكفر.

رجل قال لخصمه: اذهب معي إلى الشرع، أو قال بالفارسية: «يامن يشرع رو» فقال «خصم ساده بيار تابروم جبري روم» يكفر؛ لأنه عاند الشرع، ولو قال: «يا من يقاضي دو»، وباقي المسألة بحالها؛ لا يكفر في نسخة الإمام الحجولني، ولو قال: يامن شريعت واين ختبها سود نداده، أو قال بيش برود»، أو قال «مراد بوس هست شريعت حي كتم» فهذا كله كفر، ولو قال: «اين وقت كي سم ستدي شريعت وماضي كحابود» يكفر أيضاً، ومن المتأخرين من قال: إن عنى به قاضي البلدة لا يكفر، وإذا قال الرجل لغيره حكم الشرع في هذه الحادثة، فقال ذلك الغير من به «رسم كارمي كتم به شرع ني»؛ يكفر عند بعض المشايخ، وعند بعضهم لا يكفر.

وفي «مجموع النوازل»: قال رجل لامرأته: ما تقولي ليس حكم الشرع «فيحشت حشا عالياً»، وقالت: إنك شرع، فقد كفرت، وبانت من زوجها، وبه ختم.

نوع آخر
فيما قال عند التعزية والمرض والبرء من المرض

إذا قال فلان: «رامصيبت دستدا» وقال للمعزي «يزرك مصيبتي سيدتر»، فبعض مشايخ بلخ قالوا: يكفر القائل، وبعضهم قالوا: إنه ليس بكفر، ولا خطأ، وإليه مال الحاكم عبد الرحمن، والقاضي الإمام أبو علي النسفي، وعليه الفتوى؛ لأن كله مكروه، ومصيبة «وهرجة اد عمروي كم شدد عمر تورياده يادّ، وقال للمعزى: «اهوجه ازجان [٨٤ب/ ٢] ون بكاست درجان توزيادت باد»، يخشى على قائله الكفر، ولو قال: زيادت

---

(١) بياض بالأصل.

كناد، فهذا خطأ وجهل، وهو مذهب أهل الجهم والقدرية؛ أما عند أهل السنة، والجماعة الأجل لا ينتقص ولا يزداد، قال الله تعالى: ﴿لَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ﴾ [الأعراف: ٣٤]، وكذا إذا قال: «ازجان فلان بكاست ويجان تريموست»، ولو قال: «وي مردوحان به توسترد» يكفر، وهو مذهب أهل التناسخ، رجل برأ من مرضه، فقال رجل آخر فلان «خربيا وفرستان»، وهذا كفر، ذكره في «مجموع النوازل» وفي «الجامع الصغير»: إذا مرض الرجل واشتد مرضه ودام، فقال المريض: إن شئت توفني مسلماً، وإن شئت توفني كافراً، يصير كافراً مرتداً عن دينه، وكذا الرجل إذا ابتلي بمصيبات متنوعة، فقال: أخذت مالي، وأخذت كذا وكذا، وماذا تفعل أيضاً، وماذا بقي لم تفعله أو ما أشبه هذا من الألفاظ، فقد كفر، هكذا حكي عن عبد الكريم بن محمد، فقيل له أرأيت لو أن المريض لو قال ذلك المقالة من غير قصد لكن جرى على لسانه لشدة المرض، قال: الحرف الواحد أو نحو ذلك قد يجري على اللسان من غير قصد، أما مثل هذا الكلام، فقل ما يجري على اللسان من غير قصد، أشار إليه أنه يحكم عليه بالكفر، ولا يصدق.

نوع آخر

في الرجل يقول لغيره يا كافر، أو يقول لامرأته: يا كافرة يا معرانج، أو تقول المرأة لزوجها: يا مع، وما يتصل بها

إذا غضب رجل على عبده أو أمته، أو على ولده، فجعل يضربه ضرباً شديداً، فقال له قائل: أنت لست مسلم؟ فقال: لا، أفتى عبد الكريم بن محمد أنه إن قال ذلك عمداً كفر، وإن جرى على لسانه غلطاً لم يكفر، وذكر الفضلي رحمه الله: أن من أجاب امرأته بقوله: هب أني لست بمسلم أنه لا يكفر، فقد حكي عن بعض أصحابنا أن رجلاً لو قيل له: لست بمسلم؟ فقال: لا يكفر؛ لأن معناه عند الناس أن أفعاله ليست أفعال المسلمين، فقوله: هب أني لست بمسلم أبعد من هذا، قالت امرأة لزوجها: ليس لك حمية، ولا دين الإسلام، ترضى بخلوتي مع الأجانب؟ فقال الزوج: ليس لي حمية ولا دين الإسلام، فقد قيل: إنه يكفر، وهذا أشد من المسألة الأولى.

رجل قال لامرأته: يا كافرة، يا يهودية، يا مجوسية، فقالت: «همجنينم»، أو قالت: «همجنينم طلاق ددمرا»، أو قالت: «اكرهمجنين بتمي باتونة باسمي»، أو قالت: «اكر همجنين بتمي باتو صحبت ندادمي»، أو قالت: «تومر انداذي»؛ كفرت، ولو قالت «اكر من خيشم مرا كدار»؛ لا تكفر، وقد قيل: تكفر أيضاً؛ لأن هذا على المجاراة، أو التحقيق، والأول أصح؛ لأن الغالب فيما بين الناس أنهم يريدون بهذا التعليق، وبه كان يفتي جدي القاضي الإمام الأجل جمال الدين رحمه الله.

وعلى هذا إذا قالت المرأة لزوجها: يا كافر يا يهودي يا مجوسي، فقال الزوج: «همجينم»، أو قال: «همجينينم»، أو من يبرون اي»، أو قال «اكر همجنين نيميي ترا ندارمي»، فقد كفر، ولو قال: «اكر حبنن ام بامن مباش» فهو على الاختلاف، والصحيح

أنه لا يكفر، ولو قال: كي جنيم، أو قال: يكره «كي خثم يامن مباشر، الأظهر أنه يكفر، وقد قيل بخلافه أيضاً لو قال لأجنبي: يا كافر يا يهودي يا مجوسي فقال: «همجنينم بامن صحبت مداد»، أو قال: اكر همجنين نم ياتو صحبت ندارمي إلى آخر ما ذكرنا من الألفاظ، فهو على ما قلنا بين الزوجين.

رجل أراد أن يفعل فعلاً، فقالت له امرأته: اكراين كاربكني كافر باشي، ففعل ذلك الفعل، ولم يلتفت إليها لا يكفر، ولو قال لامرأته: يا كافرة، فقالت المرأة: لا بل أنت لم يقع بينهم فرقة، وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله في «فتاويه»، وعلى قياس قول الفقيه أبي بكر الأعمش ومن تابعه من أئمة بخارى في المسألة التي تأتي بعد هذا ينبغي أن تقع الفرقة.

امرأه قالت لزوجها: جون موع حجت اكنده سده لي، فقال الزوج: بس جندين كاه يامغ باشنده أيي، أو قال: يامع خرابا سده ني، فهذا من الزوج كفر، ولو قال الزوج لها: يا معرايج فقالت: بس جندين كاه معرايج راد أشبه أني، أو قال: معرايج راحراد استه، فهذا كفر منها.

ولو قال المسلم لأجنبي: يا كافر، أو أجنبية: يا كافرة، ولم يقل المخاطب شيئاً، أو قال لامرأته: يا كافرة، ولم تقل المرأة شيئاً، أو قالت المرأة لزوجها: يا كافر، ولم يقل الزوج شيئاً، كان الفقيه أبو بكر الأعمش البلخي يقول: يكفر هذا القائل، وقال غيره من مشايخ بلخ: لا يكفر، فانعقدت هذه المسألة ببخارى، فأجاب بعض أئمة بخارى أنه يكفر، فرجع الجواب إلى بلخ، فمن أفتى بخلاف الفقيه أبي بكر رجع إلى قوله، وعلى قياس المسألة التي تقدم ذكرها: ينبغي أن لا يكفر هذا القائل على قول الفقيه أبي الليث وبعض أئمة بخارى رحمهم الله.

والمختار للفتوى في جنس هذه المسائل أن القائل بمثل هذه المقالات؛ إن كان أراد الشتم ولا يعتقده كافراً لا يكفر، وإن كان يعتقده [٨٥أ/ ٢] كافراً، فخاطبه بهذا بناءً على اعتقاده أنه كافر يكفر؛ لأنه إذا اعتقد المسلم كافراً، فقد اعتقد دين الإسلام كفراً كافرة راميكويد يامامي ياباني جنان كي مردمان كوينرد رميان سجن اين لفظة كفر بودلان المسلم يكون له أب كافر، أو أم كافرة ويجوز أن يقال لهما بابي مامي ولا يكفر كفراً، وإذا قال الزوج لامرأته: فرجك كافر، فقالت: نعم، أو قالت المرأة لزوجها: فرجك كافر، فقال الزوج: نعم، أو قال الزوج: فرجي كافر، أو قالت المرأة: فرجي كافر، لا تقع الفرقة بينهما، ولا يكون، هذا كفر، وإذا قال: لونده اي مغ يجه، أو قال: اي كافر يجه قال أكثر أهل العلم على أنه لا يكفر، وقال بعضهم يكفر.

وإذا قال لدابته: أي كافر خذا وقد لا يكفر بالاتفاق هكذا ذكره الإمام الحجولني، ورأيت في موضع آخر أن الدابة إن كانت تنجب عنده يكفر، إذا قال لغيره: يا كافر، يا يهودي، يا مجوسي، فقال: لبيك يكفر، وكذلك إذا قال: أرى همجنين كنر، ولو لم يقل ذلك ولكن توبني خودا وسكت، لا يكفر، إذا قال الرجل لغيره: يم يودكي كافر سدمي،

أو قال خشيت أن أكفر لا يكفر، ولو قال: حنذان بريحا يندم كي كافر خواشيم شدن يكفر، رجل قال: اين روز كاد مسلماني ورزييدن نست روز كار كافريست يكفر، فقد قيل: يكفر، وإنه ليس بصواب عندي.

رجل قال لآخر: جواز ذمي به يامغ فقال الرجل مجيباً له مغ، ويزعم هو أنه لم يعتقد بذلك المجوسية، قال عبد الكريم رحمه الله: إن قال: أردت بذلك لكني لم أعتقد الكفر يكفر، ذكر المسألة في «الجامع الصغير»، وفي «واقعات الناطفي»: مسلم ومجوسي في موضع، فدعا رجل المجوسي، فقال: يا مجوسي، فأجابه المسلم، إن كانا في عمل واحد لذلك الداعي، فتوهم المسلم أنه يدعوه لأجل ذلك العمل لم يلزمه، وإن لم يكونا في عمل واحد؛ خيف عليه الكفر، مسلم قال: أنا ملحد؛ يكفر؛ لأن الملحد هكذا ذكره الإمام أبو المعين في «أصول التوحيد»، ولو قال: ما علمت أنه كفر؛ لا يعذر بهذا؛ لأن هذا أمر ظاهر، مسلم قال: مراهد ساعت اكر كافري يرمى ايد لا يكفر بهذا القول، ولو قال: هرزمان كافر سوم يكفر، رجل تكلم بكلمة زعم القوم أنها كفر وليست بكفر على الحقيقة، فقيل له: كفرت ورن بطلاق شد، فقال كافر شدة كيروزن نسه طلاق شده كير، قال: يكفر، وتبين منه امرأته، رجل وعظ فاسقاً، لوندبه إلى التوبة، فقال: ارسس اراس همه كلاه مغان يرنهم، قال: يكفر؛ لأنه أخبر أنه يكفر بعد هذا؛ لأن وضع قلنسوة المجوس على الرأس كفر على ما يأتي بيانه بعد هذا، قالت المرأة لزوجها: كافر يودن بهتراز باتو بودن يكفر؛ لأن المقام مع الزوج فرض، فقد رجحت الكفر على الفرض، إذا قال هرجه مسلماً في كردم به كافر ان دادم اكر فلان كار كنم، وفلان كار كرد لا يكفر، ولا يلزمه كفارة اليمين؛ لأن هذا التصرف ليس بيمين.

وقد عرف ذلك في كتاب «الأيمان»، امرأة قالت كافر م كه اين حنين كادي كنم، قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: يكفر، وتبين من زوجها للحال، وقال القاضي الإمام علي السغدي رحمة الله عليه: هذا تعليق ويمين، وليس يكفر، وإذا قالت لزوجها: إن جفوتني بعد ذلك، أو قالت: إن لم تشترِ لي كذا أكفر؛ كفرت في الحال.

نوع آخر
في تمني ما لا ينبغي أن يتمنى

كافر أسلم، وأعطى الناس له أشياء، فقال مسلم: كاشكي وي كافر يودي با مسلمان شدي ومردمان اوراجيزي دادند، أو تمني ذلك بقلبه، فإنه يكفر، هكذا حكي عن بعض المشايخ.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل أسلم وله أب كافر، مات الأب، وترك مالاً، فقال: ليتني لم أسلم إلى الآن حتى آخذ مال الأب، حكي عن الفقيه أبي الليث؛ عن الفقيه أبي جعفر في هذه المسألة أنه لا يكفر، رجل تمنى أن لا يحرم الله تعالى الخمر؛ لا يكفر؛ لأن الخمر كان حلالاً من قبل، ولو تمنى أن لا يحرم الله تعالى الظلم والزنا وقتل نفس بغير حق، فقد كفر؛ لأن هذه الأشياء لم تكن حلالاً في وقت ما بقي.

الفصل الأول: تمنى ما ليس بمستحيل.

وفي الفصل الثاني: تمني ما هو مستحيل، وعلى هذا لو تمنى أن لا تكون المناكحة بين الأخ والأخت حراماً، لا يكفر؛ لأنه تمنى ما ليس بمستحيل، فإنه كان حلالاً في الابتداء.

والحاصل: أن ما كان حلالاً في زمان ثم صار حراماً فتمنى أن لم يكن حراماً لم يكفر، مسلم رأى نصرانية غنية، فتمنى أن يكون هو نصرانياً حتى يتزوجها يكفر.

نوع آخر
في النسبة بالكفار، وفي ترجيح الكافر على المسلم، وفي ملامة الذي أسلم على ترك دينه

إذا وضع قلنسوة المجوس على [٨٥ب/ ٢] رأسه، فقد قال بعض مشايخنا: لا يكفر، وقال بعضهم: يكفر، وبعض المتأخرين قالوا: إن كان لضرورة نحو دفع البرد أو غيره بأن البقر لا تعطيه اللبن بدونها، فلا بأس، ولكن الصحيح أنه يكفر، وما ذكر من ضرورة دفع البرد فليس بشيء؛ لأنه يمكنه أن يمزقها، ويخرجها عن تلك الهيئة، وإذا شدّ الزنار على وسطه، أو وضع العسلي على كتفه، فقد كفر، وإذا جعل المسلم منديله يشبه قلنسوة المجوس ووضعه على رأسه اختلفوا فيه، فأكثرهم على أنه لا يكفر، وإذا شد على وسطه حبلاً فسئل عن ذلك فقال: هذا زنار؛ اختلفوا فيه؛ أكثرهم على أنه يكفر؛ لأن هذا تصريح بما هو كفر، بخلاف الأول.

وإذا شد المسلم الزنار على وسطه ودخل دار الحرب لتخليص الأسارى لا يكفر، فإذا شده على وسطه، ودخل دار الحرب للتجارة يكفر، وقد قيل في لبس السواد، وشد البائزة على الوسط، ولبس السرائج ينبغي أن لا يكون كفراً من المسلم، استحسن ذلك مشايخ زماننا؛ لأن هذا علامة ملكية لا تعلق لها بالدين، وإذا لبس مسلم السواد الذي على هيئة الحتايتة، أو لبس السرائج ودخل على جماعة وقال: تنشي امد يكفريقر أن لفظ ينسى لا باللبس، وإذا قال لقيط لحقه سرانجج بندم فردا، فإن كان في اعتقاده أنه كفر يكفر، وما لا فلا، وينبغي أن يكون الأولى على هذا التفصيل إن كان في اعتقاده أن لبس هذه الأشياء كفر، يكفر.

وقعت واقعة بسمرقند أن مسلماً مرَّ بسكة النصارى، وقوم من النصارى يشربون، ومعهم أصحاب اللهو، فقال: المارزه اين كوي عشرت رسن برمتان بايد تربست، ويا انسان درزدة ودنا راخوس كداشة، فاتفقت أجوبة المفتين أنه قد كفر بالله.

معلم صبيان قال: اليهود خير من المسلمين بكثير، فإنهم يعطون معلمي صبيانهم يكفر، رجل قال: كافري كردن نه ازنيانت كردن أكثر العلماء على أنه يكفر، وقال بعضهم: لا يكفر، ولو قال: المجوسية شر من النصرانية لا يكفر، ولو قال: النصرانية خير من المجوسية يكفر. إذا جرى بين الرجلين كلام عند المبايعة، فقال أحدهما

لصاحبه: الكفر خير مما أنت تفعل، قال بعضهم: يكفر، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إن أراد به تقبيح تلك المعاملة دون تحسين الكفر؛ لا يكفر، كافر أسلم، فقال له رجل: اخر براجه بلا مدة بود ازدين خويش يكفر هذا القائل، وبه ختم.

نوع آخر
في الخروج إلى السدة والذهاب إلى ضيافة المجوس، والإهداء إليهم في يوم النيروز، وقبول هداياهم في ذلك اليوم وإيجاد الحوارات لأهل نور والحاج والذبح لأهلهم

قال الإمام الزاهد أبو بكر بن طرفان: من خرج إلى السدة فقد كفر؛ لأن فيه إعلان الكفر، فكأنه أعان عليه، وعلى قياس مسألة السدة الخروج إلى نيروز المجوس، والموافقة معهم فيما يفعلون في ذلك اليوم من المسلمين يوجب الكفر وأكثر ما يفعل ذلك من كان أسلم منهم، فيخرج إليهم في ذلك اليوم ويوافقهم، فيصير به كافراً، ولا يشعر بذلك، قال في «الجامع الأصغر»: رجل اشترى يوم النيروز شيئاً لم يكن يشتريه قبل ذلك، إن أراد به تعظيم النيروز كما يعظمه المشركون كفر، وإن أراد الأكل والشرب والنعمة؛ لم يكفر.

قال صاحب «الجامع الأصغر»: المسلم إذا أهدى يوم النيروز إلى مسلم آخر شيئاً، ولم يرد به تعظيم ذلك اليوم، ولكن جرى على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر، ولكن ينبغي أن لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة، ويفعله قبله أو بعده، كيلا يكون تشبهاً بأولئك القوم، وقد قال عليه السلام: «من تشبه بقوم فهو منهم»(١).

وفي «الواقعات» حكي عن أبي حفص الكبير رحمه الله: لو أن رجلاً عبد الله خمسين سنة، ثم جاء يوم النيروز، فأهدى إلى بعض المشركين بقصبة يريد به تعظيم ذلك اليوم، فقد كفر، وأحبط عمله.

وهذا بخلاف ما لو اتخذ مجوسي دعوة لحلق شعر رأس الصبي، ودعا الناس إلى ذلك، فحضر بعض المسلمين دعوته، وأهدى إليه شيئاً حيث لا يكفر، وفيه حكاية؛ حكي أن واحداً من مجوس سربل . . . .(٢) كثير المال، حسن التعهد لفقراء المسلمين، كان ينفق على مساجد المسلمين، ويبعث إليها دهن سرجها فدعا الناس مرة إلى دعوة اتخذها لحلق رأس ولده، وجز ناصيته، فشهد دعوته كثير من أهل الإسلام، وأهدى إليه بعضهم فشق ذلك على مفتيهم فكتب إلى سيادة شيخ الإسلام أبو الحسن السغدي رحمه الله: أن أدرك أهل بلدتك فقد ارتدوا، وشهدوا شعائر أهل المجوس، وقص عليه القصة، فكتب إليه شيخ الإسلام: إن إجابة دعوة أهل الذمة مطلق في الشرع، ومجازات [٨٦أ/ ٢]

(١) أخرجه أبو داود في اللباس حديث ٤٠٣١.
(٢) بياض بالأصل.

المحسن بالإحسان من باب المروءة والكرم، وحلق الرأس ليس من باب شعار أهل الضلالة، والحكم بردة أهل الإسلام بذلك القدر غير ممكن، والأولى لأهل الإسلام أن لا يوافقوهم على مثل هذه الأحوال لإظهار الفرح والمسرة.

اجتمع المجوس يوم النيروز، فقال مسلم..... [1] وقال: نتك اين نهاده اند يخاف عليه الكفر، وما يأتي المجوس في نيروزهم من الأطعمة إلى الأكابر والسادة، ومن كان له معهم معرفة، وذهاب ومجيء، هل يحل أخذ ذلك؟ وهل يضير ذلك لدين الآخذ؟ فقد قيل: إن من أخذ ذلك على وجه الموافقة لفرحهم يضر ذلك بدينه، وإن أخذ لا على ذلك الوجه لا بأس به، والاحتراز عنه أسلم.

وسئل الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله عن الجوازات لأهل نور، والحاج قال: كان ذلك لهو، ولعب، ومن يذبح في وجه إنسان شيئاً وقت الخلعة، أو اتخذ خوازة، فقد كفرالذابح، والمذبوح ميتة، وقال الإمام إسماعيل الزاهد رحمه الله: إذا ذبح الرجل الإبل والبقر في الخوازات لأجل الذي يقدم من الحج أو الغزو، وكان الشيخ الإمام أبو عبد الله الخيراجري، والشيخ الإمام أبو حفص السفكردري، والقاضي الإمام أبو علي النسفي، والحاكم الإمام أبو عبد الرحمن الكاتب، والشيخ الإمام عبد الواحد من درب الحديد، والشيخ الإمام أبو إسحاق التوقدي، والحاكم الإمام أبو محمد الكفتني رحمهم الله يقولون بكفره، وأما أنا فأكره ذلك أشد الكراهة، ولكن لا أكفره؛ لأنا لا نسيء الظن بالمسلم أن يتقرب إلى الآدمي بهذا النحر والله أعلم.

نوع آخر
فيما يتعلق بالسلاطين والجبابرة والأكابر

حكي عن إمام الهدى أبي منصور الماتريدي رحمه الله: أن من قال للسلطان في زماننا إنه عادل، فقد كفر بالله؛ لأنه جائر بيقين، ومن سمى الجور عدلاً يكفر، وقال بعض المشايخ: لا يكفر؛ لأن له تأويلاً؛ لأنه يمكنه أن يقول: أردت به أنه عادل عن غيره، أو يقول: عادل عن طريق الحق.

سلطان عطس، فقال له رجل: يرحمك الله، فقال رجل آخر لهذا القائل: لا تقل للسلطان هذا، فإن هذا القائل يكفر، إذا قال للسلطان، أو لغيره من الجبابرة: اي خداي يكفر، ولو قال: اي بارخدي، فكذلك يكفر عند بعض المشايخ؛ لأن بار بلغة فارس بزرك بود، فقوله بارخداي معناه خداي بزرك، ومن قال لغيره: خدا بزرك أليس أنه يكفر كذا هنا، وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله أنه قال: إن عرف هذا القائل أن معنى هذا الكلمة ما قلنا، وقصده ذلك المعنى كفر، وإن لم يعرف معنى هذه الكلمة حقيقة رجوت أن لا يكفر، وعن الفقيه أبي نصر الدبوسي، والفقيه أبي جعفر،

---
(١) بياض بالأصل.

وجماعة من أئمة بلخ أنه لا يكفر، قال صاحب «الجامع الأصغر»: هو الصواب عندي.

ووجه ذلك: أن خدا اسم لمن يتولى أمر شيء، فقال: كد خداي لمن يتولى أمر البيت وده خدي لمن يتولى أمر أهل القرية، وفي «فوائد» الفقيه أبي جعفر أنه إن أراد بذلك كلامين يكفر، وإن أراد تجميع ذلك كلاماً واحداً لا يكفر؛ لأن بارخداي بكلام واحد ليس من أسماء الله، فأما بكلامين هو من أسماء الله أحدهما بار، والثاني خداي.

رجل سمع ألقاب رجل من الجبابرة، فقال: نسي نه مي بايد خويشتن را از خداي تعالى اندر كدرانيد لا يكفر؛ لأنه لم يقل: كدريد حتى يكون وصفاً لله تعالى بما لا يليق به، إنما قال: دركدر اند يعني بالقول، وإنه محال مستبكر في «مجموع النوازل»، وأما السجدة له لا، وتقبيل الأرض بين أيديهم وتقبيل أيديهم سيأتي في كتاب «الاستحسان»، وبه ختم.

نوع آخر
في كلام الفسقة في حالة الفسق وفي غير هذه الحالة، ويدخل في هذا النوع بعض مسائل الخمر

الفاسق إذا سقى ولده الخمر أول مرة، فجاء أقرباؤه ونثروا الدراهم، والسكر فقد كفر إذ أسرع في الفساد، وقال لأصحابه ساس ما بكي خوشت ترنم يكفر، ولذا إذا قال انتقل بالشرب، وقال مسلماني اشكار اميكنم، أو قال: مسلماني اشكار اشد يكفر، ولو قال: أحب الخمر، ولا أصبر عنها يكفر، هكذا قيل، وقيل بخلافه، وإذا قيل لرجل شبت ومع ذلك تشرب الخمر لماذا لا تتوب، فقال: كستي ازشير مادر شكيد لا يكفر؛ لأن هذا استفهام، أو تسوية بين الخمر، واللبن في الحب.

في «مجموع النوازل» قيل لرجل: شربت الخمر؟ فقال: خوش اوردم لا يكفر، وكذلك في جميع المعاصي، قال واحد من الفسقة: اكرار اين خمر باره برنرد خويش اردس يكفر، قال واحد منهم: هركه مست كره ني جورد مسلمان نيست يكفر، قيل لفاسق: إنك تصبح كل يوم تؤذي الله، وخلق الله، قال: خوش حي ارم يكفر، قال للمعاصي: اين تيرارهي است ومذهبي [٨٦ب/ ٢] يكفر.

رجل ارتكب شيئاً من الصغائر، فقيل له: تب إلى الله، فقال: من جه كردم تاتوبه كنم باكويد من جه كرده ام كي توبه مسايد كردن يكفر، فاسق قال في مجلس الشراب لجماعة من. . . .(١) أي كافران يا مسلمان بينيت يكفر.

نوع آخر
في تعليم الكفر وتلقينه، والأمر بالارتداد

في «الجامع الأصغر»: قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله: من لقن إنساناً كلمة الكفر

---

(١) بياض بالأصل.

ليتكلم بها كفر الملقن وإن كان على وجه اللعب والضحكة، وهكذا روي عن ابن المبارك والمروي عنه أن من أمر امرأة حتى ترتد عن الإسلام، لتبين من زوجها، فهو كافر ومن أفتى به، فهو كافر، وروى الثلجي عن ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن من أمر رجلاً أن يكفر صار الآمر كافراً كفر المأمور أو لم يكفر.

وفي «النوازل»: عن أبي حنيفة رحمه الله أن من علم آخر الارتداد كفر المعلم، ارتد الآخر أو لم يرتد؛ قالوا: وهذا إذا علمها ليرتد أما إذا علمها لا ليرتد بل لتعلم الارتداد لا يكفر المعلم، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إذا علم امرأته الارتداد إنما يكفر إذا علمها الارتداد، وأمرها بذلك؛ لأنه حينئذٍ يصير راضياً لها بالكفر، وهذا كله على قول من يقول بأن الرضا بكفر الغير كفر أما على قول من يقول بأن الرضا بكفر الغير لا يكون كفراً إلا بكفر الآمر والمعلم وبه ختم.

نوع آخر
في الإكراه على التلفظ بلفظة الكفر وما يتصل به

قال محمد رحمة الله عليه: وإذا أكره الرجل على أن يتلفظ بالكفر بوعيد تلف، أو ما أشبه ذلك، فتلفظ به، فهذا على وجوه:

الأول: أن يتلفظ بالكفر، وقلبه مطمئن بالإيمان، ولم يخطر بباله شيء سوى ما أكره من إنشاء الكفر، وفي هذا الوجه لا يحكم بكفره لا في القضاء، ولا فيما بينه وبين ربه وفيه نزل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦] وبنحوه ورد الأثر عن رسول الله عليه السلام في حق عمار بن ياسر، والقصة معروفة.

الوجه الثاني: أن يقول: خطر ببالي أن أخبر عن الكفر في الماضي كاذباً، فأردت ذلك، وما أردت كفراً مستقبلاً جواباً لكلامهم، وفي هذا الوجه يحكم بكفره قضاءً حتى يفرق القاضي بينه وبين امرأته؛ لأنه لما قال: خطر ببالي أن أخبر عن الكفر في الماضي كاذباً، وقد أردت ذلك، فقد أخبر أنه عدل عما أكره عليه؛ لأنه أكره على إنشاء الكفر، وهو ما أنشأ الكفر إنما حكى عن كفره في الماضي، والحكاية غير الإنشاء، فقد عدل عما أكره عليه، فجعل طائعاً، ومن أقر بالكفر في الماضي طائعاً قال: أردت الكذب، فالقاضي لا يصدقه؛ لأنه ادعى خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر هو الصدق حالة الطواعية، ولكن يصدق فيما بينه وبين ربه؛ لأنه نوى ما يحتمله، فالخبر عن الماضي محتمل هذا اللفظ.

الوجه الثالث: إذا قال: خطر ببالي أن أخبر عن الكفر في الماضي كاذباً إلا أني ما أردت ذلك؛ يعني الإخبار عن الكفر في الماضي كاذباً، وإنما أردت كفراً مستقبلاً جواباً لكلامهم، وفي هذا الوجه يكفر في القضاء، وفيما بينه وبين ربه؛ لأنه أنشأ الكفر طائعاً؛ لأنه لما خطر بباله الإخبار عن الكفر في الماضي كاذباً، فقد أمكنه دفع إكراههم بالإخبار عن الكفر في الماضي كاذباً، وقد أكرهوه على إنشاء الكفر، والإخبار دون الإنشاء، فقد أمكنه دفع الإكراه بأقل مما أكره عليه، وقد أتى بالزيادة والمكره إذا أتى بالزيادة على ما أكره عليه جعل طائعاً.

ألا ترى أن من أكره على بيع عين، فوهب ذلك العين يجعل طائعاً في حق الهبة، كذا ههنا، فهو معنى قولنا أنشأ كفراً طائعاً بخلاف ما إذا لم يخطر بباله الإخبار عن الكفر في الماضي كاذباً، فأنشأ كفراً وقلبه مطمئن بالإيمان غير راضٍ بذلك؛ لأن هناك لم يمكنه دفع الإكراه إلا بعين ما أكره عليه، فجعل مكرهاً، والمكره على إنشاء الكفر لا يكفر لا في القضاء، ولا فيما بينه وبين ربه.

وإذا أكره أن يصلي إلى هذا الصليب فصلى، فهو على ثلاثة أوجه: أما إن قال: لم يخطر ببالي شيء، وقد صليت إلى الصليب مكرهاً، وفي هذا الوجه: لا يكفر لا في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه فعل ذلك مكرهاً غير راضٍ به، وقلبه مطمئن بالإيمان.

وإما أن يقول: خطر ببالي أن أصلي لله، وقد صليت لله، ولم أصلّ للصليب، وفي هذا الوجه أيضاً: لا يكفر لا في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه؛ لأنه ما صلى للصليب، وإنما صلى لله تعالى.

وإما إن قال: خطر ببالي أن أصلي لله، فتركت ذلك، وصليت للصليب، وفي هذا الوجه يكفر في القضاء، وفيما بينه وبين ربه؛ لأنه صلى للصليب طائعاً؛ لأنه لما خطر بباله أن يصلي لله تعالى أمكنه دفع الإكراه عن نفسه بذلك؛ لأن المكرِه [٨٧أ/ ٢] لا يدري أن المكرَه يصلي لله تعالى أو للصليب، فكان في اختيار الصلاة إلى الصليب طائعاً، فكفر في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى من هذا الوجه.

نوع آخر
في المتفرقات

رجل قال لمن ينازعه: أفعل كل يوم عشرة أمثالك من الطين، أو لم يقل من الطين، فإن عنى به من حيث الخلقة فهذا كفر، وإن عنى به بيان ضعفه لا يكفر، ووقعت في زماننا من هذا الجنس واقعة أن رستاقياً قال: قد خلقت هذه الشجرة، فاتفق أجوبة المفتين أنه لا يكفر؛ لأنه يراد بالخلق في هذا المقام عادة الغرس؛ حتى لو عنى حقيقة الخلقة يكفر رجل قال: دهي واركار كنيم وارادو و نحو ديم فقد قيل: هذا خطأ من الكلام، وهو كلام من يرى الرزق من كسبه.

إذا قال: يا فلان ترحاي است، أو قال: تامرا اين يازوي زرين بر جاي است مراروزي كم نيايد، قال بعض مشايخنا: يكفر، وقال بعضهم: يخشى عليه الكفر، قال: درويشي بد بختي است، فهو خطأ عظيم، قال لغيره مرا بحق ياري ده، فقال ذلك الغير: بحق هركسي ياري دهد من به حق يادي دهم فقد كفر، وسئل عبد الكريم وعلي بن سعد عن رجل كان يعظ امرأته ويدعوها إلى طاعة الله تعالى، وينهاها عن معصيته، فقالت المرأة: من خداي جه دايم من خويشتن دوزخ تهاده أم فقالا: إنها تكفر، رجل قال لآخر: بك سجدة خداي راكن ويك سجدة مرا فقيل: لا يكفر هذا القائل؛ لأن السجدة في هذا المقام تذكر بمعنى الشكر معناه اشكر لله ولي.

سئل الفقيه أبو بكر الفياضي عمن كان يلعب بالشطرنج، فقالت له امرأته: لا تلعب بالشطرنج، فإني سمعت العلماء قالوا: من يلعب بالشطرنج، فهو من أعداء الله، فقال الزوج بالفارسية: ايدون كه من دسمن خدايم يسكنتم وتناريم، فقال للسائل: هذا أمر صعب على قول علمائنا رحمهم الله، ينبغي أن تبين امرأته، ثم يجدد النكاح، وقال غيره: لا يكفر.

سئل عبد الكريم: عن رجل تنازع مع قوم، فقال الرجل: من اد ده موع سيم كاره برم أو قال: من ارده موغ بترم قال: لا يكفر، وعليه التوبة والاستغفار. وسئل عن رجل قيل له: يا بك درم يده يابه عمارت مسجد صرف كنيم يابه مسجد حاضر شوية نماز، فقال الرجل بين به بمسجد ايم وبه درم دهم مرايا مسجد جه كار، وهو مصر على ذلك قال: لا يكفر، ولكن يعزر.

وسئل الإمام الفضلي عمن قال لآخر: يا آخر فقال ذلك الرجل: خلقني الله تعالى من سويق التفاح، وخلقك من الطين، فالطين ليس كذلك، هل يكفر؟ قال: نعم.

وسئل عن رجل قال قولاً منهياً عنه، فقال له رجل: إيش تصنع قد لزمك الكفر، قال: إيش أصنع إذا لزمني الكفر هل يكفر؟ قال: نعم.

وسئل عن رجل أراد أن يقول: يا رب لم تخلق من عبيدك أنصب مني، فنسي وجرى على لسانه غلطاً، فقال: يا رب هيج كين كورلتو تراد من نيافريد ني فقال: يكفر في القضاء ولا يكفر فيما بينه وبين الله.

وسئل عمن يقرأ الظاء مكان الضاد، ويقرأ كيف شاء يقرأ أصحاب الجنة مكان أصحاب النار، قال: لا تجوز إمامته، ولو تعمد يكفر.

وسئل عمن جرى على لسانه قولاً منهياً عنه، فقيل له: تأثم به، فقال: دعني آثم، هل يضره في النكاح؟ قال: لا، قيل: فإن توهم أن نكاحه قد فسد بهذا القول، فجدد النكاح بمهر جديد هل يلزمه مهراً، فقال: لا.

وسئل عمن اعتاد شرب الخمر، ثم تاب، وترك شربها، فمرض هل يجوز أن يشربها؟ قال: لا، ولو لم يشرب حتى مات من ذلك المرض يؤجر ولا يأثم.

سئل الزعفراني عما روي عن إبراهيم بن أدهم[1] أنهم رأوه بالبصرة يوم التروية وفي ذلك اليوم بمكة، فقال: ......[2] يذهب إلى أنه يكفر من اعتقد جواز ذلك، ويقول: ليس ذلك من الكرامات؛ إنما هو من المعجزات، وأما أنا فأتحمله، ولا أطلق له الكفر، وقال محمد بن يوسف المعروف بأبي حنيفة: يكفر، وفي «الجامع الأصغر»: قال علي

---

(١) هو أبو إسحاق إبراهيم بن أدهم، الزاهد، توفي سنة ١٦٣هـ. (انظر ترجمته في: طبقات الصوفية ص ٢٧، حلية الأولياء ٧/ ٣٦٧، الرسالة القشيرية ص ٨، النجوم الزاهرة ٢/ ٢١، الكواكب الدرية ١/ ١٤٢، صفة الصفوة ٢/ ٧٨٧، الطبقات الكبرى ١/ ٥٩، مختصر دول الإسلام ١/ ١١٠).

(٢) بياض بالأصل.

الرازي: أخاف على من يقول: بحياتي وحياتك، وما أشبه ذلك الكفر، ولولا أن العامة يقولونه، ولا يعلمونه لقلت إنه شرك؛ لأنه لا يمين إلا بالله، فإذا حلف بغير الله فقد أشرك، وقال ابن مسعود: ؛ لأن أحلف بالله كاذباً أحب إليَّ من أن أحلف بغير الله صادقاً، رجل قال لولده: أي استغفر الله، أو قال: أي استغفر الله . . . .[1] لا يكفر، وإذا قال: من الله، ولكن ازبنده جنبش خواهد، فقد قيل: هذا شرك؛ لأن حركة العبد أيضاً [٨٧ب/ ٢] من الله، وهو يرى الرزق من الحركة.

رجل قال: أنا بريء من الثواب والعقاب أوقال بالفارسية: من بيزادم ازمزد وثواب، فقد قيل: إنه يكفر، في نسخة الإمام الحجولني رجل تكلم بكلمة، فقال له آخر: ما فريده مكوي لا يكفر هذا القائل؛ لأن مراده من هذا أن هنا ليرده ونما كفيره رحمه، هذه المسألة في «مجموع النوازل». رجل ضرب رجلاً فقال المضروب: مرامه دن آخر مسلماً ثم قال الضارب: لعنت برتو وبر مسلماني تو قال: يكفر.

وفي «مجموع النوازل»: رجل دعي إلى الصلح مع رجل، فقال: بت راسجدة كتم وبادي اشتي يكتم قيل: لا يكفر، وفيه نظر عندي، وفيه إذا قال فلان كافر تربت أو ضمن، فهذا إقرار بكفره، وفيه مرحة فلان كويد يكنم وأكرهمه كفر كويد يكفر، رجل قال بالفارسية: إن مسلماً في بيزارم، أو قال ذلك بالعربية، فقد قيل: إن كفر إذا رأى الرجل القراء، أو رأى الذين يخرجون للغزو، فقال: إنها كريح حوارايرفقد قيل: يخشى عليه الكفر، رجل قال: تالب دودخ دوم ولكن اندر نيام يكفر، قال لغيره: دوزح ورخنه أو يدوزح ازراه رخنه مي ايد راي يكفر.

حكي أن في زمن مأمون الخليفة سئل فقيه عمن قتل خائناً، فقال: يغارة بت واجب سود، فأمر المأمون بضرب الفقيه حتى مات، وقال: هذا استهزاء بحكم الشرع، والاستهزاء بأحكام الشرع كفر، وبه ختم.

نوع آخر

وإذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما في ظاهر الرواية في الحال، ولا يتوقف على قضاء القاضي؛ سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو لم تكن، وبعض مشايخ بلخ فيهم الفقيه أبو القاسم الصفار، والفقيه أبو جعفر رحمهما الله؛ كانوا يفتون بعدم الفرقة بردتها، وكذلك الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد من مشايخ بخارى يفتي بعدم الفرقة بردتها، وكذى بعض مشايخ سمرقند حسماً لباب المعصية.

ووجه ذلك: أنها ناقصة العقل، فلنقصان عقلها ترتد بكل غيظ يلحقها من زوجها لتتخلص عن زوجها، وربما تصير مغرورة من جميلة غيرها فترتد لتتخلص من زوجها، وتصل إلى ذلك الغير، فلا يقضى بالفرقة بارتدادها حسماً لهذا الباب عليها، وعامة مشايخ بخارى وسمرقند، وبعض مشايخ بلخ أفتوا بالفرقة بردتها، وقالوا بأن الردة منافية

(١) بياض بالأصل.

للنكاح، والحسم يحصل بالخير على التزوج بالزوج الأول، فلا ضرورة إلى إسقاط اعتبار المنافي، وقد ذكرنا هذا الفصل في كتاب «النكاح»: وذكره أئمة أيضاً أن الفرقة بارتداد أحد الزوجين فرقة بطلاق، أو بغير طلاق ما فيها خلاف وإنما فيها اتفاق، والله أعلم.

نوع آخر

إذا قال الرجل: لا أدري أصحيح إيماني أو لا فهذا خطأ، إلا أن يريد به نفي الشك كمن يقول لشيء نفيس: لا أدري أيرغب فيه أحد أم لا، ومن شك في إيمانه فقال: أنا مؤمن إن شاء الله، فهو كافر، إلا إذا أول فقال: لا أدري أخرج من الدنيا مؤمناً، فحينئذٍ لا يكفر، وقد صح عن كثير من السلف أنهم كانوا يستثنون في إيمانهم، والعذر أنهم ما كانوا يستثنون؛ [لا] لأنهم كانوا يشكون في إيمانهم، وإنما كانوا يستثنون لما جاء في صفة المؤمن في الأخبار كقوله عليه السلام: «المؤمن من أمن الناس من شره»(١)، ولقوله: «المؤمن من أمن جاره بوائقه»(٢)، وكقوله: «ليس بمؤمن من بات شبعاناً وجاره طاوي»(٣)، أي جائع، وكقوله: «المؤمن من اجتمع عنده كذا كذا خصلة»(٤) فمن استثنىٰ من المتقدمين فإنما استثنىٰ على أنه لم يعرف ذلك من نفسه لا لأنه شاك في إيمانه، ومن قال: بخلق الإيمان، فهو كافر، وكذا من قال بخلق القرآن، فهو كافر، روي عن بعض السلف أنه روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن الإيمان غير مخلوق.

وسئل الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله: عن الصلاة خلف من يقول بخلق الإيمان، فقال: لا تصلوا خلفه، وذكر أبو سهل بن عبد الله، وهو أبو سهل الكبير عن كثير من السلف أن من قال: القرآن مخلوق فهو كافر، حكي أنه وقعت هذه المسألة بفرغانة فأتي بمحضر منها يكتب فيه الشيخ الإمام الزاهد؛ أبو بكر ابن حامد، والشيخ الإمام أبو حفص الزاهد، والشيخ الإمام أبو عبد الله البرقي، والشيخ الإمام أبو إسحاق الصدير، والشيخ الإمام أبو بكر الإسماعيلى أن الإيمان غير مخلوق، ومن قال بخلقه فهو كافر، وقد أخرج كثير من الناس من بخارى منهم محمد بن إسماعيل صاحب «الجامع» بسبب قولهم بخلق الإيمان، ومن اعتقد أن الإيمان والكفر واحد فهو كافر، ومن لا يرضى بالإيمان فهو كافر، ومن قال: لا أدري صفة الإسلام فهو كافر، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله [٨٨أ/ ٢] هذه المسألة، وتابع فيها، فقال: بقوله هذا الا يقبل له شيء لا صلاة ولا صيام ولا طاعة ولا نكاح وأولاد أولاد الزنا، واستدل رحمه الله بمسألة ذكرها محمد رحمه الله.

---

(١) أخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء ٣/ ٢٤، بلفظ: «المؤمن من أمنه الناس».
(٢) أخرجه المناوي في فيض القدير ٩٨٨٠.
(٣) روي الحديث بلفظ: «ليس المؤمن الذي يشبع وجاره جائع» أخرجه بهذا اللفظ الطبراني في المعجم الكبير ١٢/ ١٥٤، والهيثمي في مجمع الزوائد ٨/ ١٦٧، والمتقي الهندي في كنز العمال ٢٤٩٠٤.
(٤) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

وصورتها: إذا قال ليهودي أو نصراني: صف دينك، فقال: لا أدري، قال: هو ليس يهودي ولا نصراني، وحكمه المرتد.

وقال في «الجامع»: مسلم تزوج نصرانية صغيرة، ولها أبوان نصرانيان، فكبرت وهي لا تعقل ديناً من الأديان ولا تصفه، وهي غير معتوهة، فإنها تبين من زوجها؛ معنى قول محمد: لا تعقل ديناً من الأديان؛ لا تعرفه بقلبه، ومعنى قوله لا تصفه: لا تعبر عنه باللسان؛ وهذا لأنه لم يبق لها دين الأبوين لزوال التبعية، ولم تظهر لها جهة الأصالة، فكانت جاهلة ليس لها ملة مخصوصة، وهي شرط النكاح ابتداءً وبقاءً، وكذلك الصغيرة المسلمة إذا بلغت عاقلة، وهي لا تعقل الإسلام، ولا تصفه، وهي غير معتوهة بانت من زوجها.

ومحمد رحمه الله سمى هذه في «الكتاب» مرتدة؛ لأنا حكمنا بإسلامها بطريق التبعية، والآن حكمنا بكفرها، وكانت مرتدة، ولم يذكر في «الجامع» أنها إذا بلغت؛ فعرفت الإسلام بأن قالت: أنا أعقل الإسلام وأعرفه، وأقدر على وصفه، ولكن لا أصفه؛ أنها هل تبين من زوجها؟ قالوا: يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ على قول من يشترط الإقرار باللسان بصيرورته مسلماً؛ تبين من زوجها، وعلى قول من لا يشترط الإقرار باللسان؛ لا تبين من زوجها، ولذلك لم يذكر في «الكتاب» أنها إذا قالت: أنا أعقل الإسلام وأعرفه، ولكن لا أقدر على وصفه؛ هل تبين من زوجها؟ قالوا: ويجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ، وقد ذكرنا هذه الفصول بتمامها في كتاب «النكاح».

وفي «فتاوى النسفي»: سئل عن امرأة قيل لها: توحيد مي داني، فقالت: لا، فقال: إن أرادت أنها لا تحفظ التوحيد الذي يقرأه الصبيان في المكتب لا يضرها؛ وإن أرادت أنها لا تعرف وحدانية الله تعالى؛ فليست بمؤمنة، ولم يصح نكاحها، وعن حماد بن أبي حنيفة رحمهما الله أن من مات ولم يعرف أن له خالقاً، وأن لله داراً غير هذه الدار، وأن الظلم حرام، فإنه لم يؤمن، قال مشايخنا رحمهم الله: تعليم صفة الإيمان للناس، وبيان خصائصها مذهب أهل السنة والجماعة من أهم الأمور، وللسلف في ذلك تصانيف، ومختصره أن يقول: ما أمرني الله تعالى به قبلته، وما نهاني الله تعالى عنه انتهيت عنه، فإذا اعتقد ذلك، وأقر بلسانه كان إيمانه صحيحاً، وكان مؤمناً بالكل، والله تعالى أعلم بالصواب.

نوع آخر

قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: وإذا رجع الأسير إلى دار الإسلام فخاصمته زوجته إلى القاضي؛ وقالت: إنه ارتد عن الإسلام، فبنت منه، وقال الأسير: أكرهني ملكهم، وقال لي: لأقتلنك أو لتكفرن بالله، ففعلت ذلك مكرهاً، فالقول قول المرأة، ولا يصدق الأسير إلا بالبينة؛ وهذا لأن سبب الفرقة، وهو إجراء كلمة الشرك على اللسان قد ثبت بتصادقهما، والأسير بدعوى الإكراه يدعي أمراً خفياً بغير حكم ذلك السبب، فلا يصدق إلا بحجة، ولأنه أضاف السبب الموجب للفرقة إلى حالة غير معهودة وهو الإكراه، فإن الإكراه غير ثابت في حق هذا الشخص بعينه، وفي مسألة يحتاج إلى

إقامة البينة كما لو قال لامرأته: طلقتك وأنا مجنون، ولم يعرف منه الجنون في وقت ما، وقالت المرأة: لا بل طلقتني وأنت صحيح العقل، فإن هناك لا يقبل قول الزوج إلا ببينة؛ كذا ههنا.

فإن شهد الشهود أن الملك قال له: لأقتلنك أو لتكفرن بالله، إلا أنا لا ندري أكفر بذلك أو لم يكفر، وقال الأسير: إنما أجريت كلمة الكفر عند ذلك .....[1] فالقول قول الأسير؛ لأن شهادة الشهود صارت تلك الحالة معهودة له، فالزوج يضيف الفرقة إلى حالة معهودة بمنع وقوع الفرقة، فيكون القول قول الزوج؛ كما لو قال: طلقتك وأنا صبي وأنا مجنون، وقد عرف كونه مجنوناً قبل ذلك، ولو قال: شربت حتى سكرت فذهب عقلي فارتددت، فإن عرف منه السكر في وقت بهذه الصفة فالقول قوله، وإن لم يعلم لم يقبل قوله؛ لأنه إذا عرف منه السكر بهذه الصفة، والسكر بهذه الصفة مانع وقوع الطلاق؛ صار هو بإضافة الارتداد إليه مضيفاً سبب الفرقة إلى حالة معهودة له مانعة وقوع [٨٨ب/٢] الطلاق، فيكون القول قوله، وإذا لم يعرف منه السكر بهذه الصفة كان هو كأصله والارتداد إليه مضيفاً سبب الفرقة إلى حالة غير معهودة له، فلا يقبل قول الزوج في ذلك ولا ينظر إلى تصديق المرأة، وتكذيبها في هذا؛ لأن هذه الحرمة محض حق الشرع.

ولو أن المرأة قالت للقاضي: سمعت زوجي يقول: المسيح ابن الله، فقال الزوج: إنما قلت ذلك حكاية عمن يقول ذلك، فإن أقر أنه لم يتكلم إلا بهذه الكلمة بانت منه امرأته؛ لأن ما في ضميره لا يصلح ناسخاً بحكم ما تكلم به، فإن ما في ضميره دون ما تكلم، والشيء لا ينسخه إلا ما هو مثله، أو فوقه، ألا ترى أنه لو طلق امرأته مثله ونوى الاستثناء بقلبه، كان الطلاق واقعاً لهذا المعنى، ويستوي إن صدقته المرأة في ذلك أو كذبته، وإن قال: إني وصلت كلامي فقلت: النصارى يقولون: المسيح ابن الله، أو صلب المسيح ابن الله، قول النصارى، فلم تسمع المرأة بعض كلامي، وقالت المرأة: كذب، فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأن الزوج ههنا ما أقر بسبب الفرقة أن عين هذه الكلمة لا توجب الفرقة، فيكون الزوج في الحقيقة منكراً لما تدعي المرأة بين سبب الفرقة، وهو بمنزلة ما لو قال الزوج: قد قلت لها: أنت طالق إن شاء الله، وكذبته المرأة في قوله: إن شاء الله.

وكذلك لو قال الزوج: قد أظهرت قولي: المسيح ابن الله، وأخفيت ما سوى ذلك؛ إلا أني تكلمت به موصولاً بكلامي يشهد الشهود عليه أنهم سمعوه يقول: المسيح ابن الله، ولم يقل غير ذلك فحينئذٍ، قال محمد رحمه الله: إلا أن القاضي يبين امرأته منه، ولا يصدق في ذلك؛ لأن الشهود أثبتوا السبب الموجب للفرقة، وقول الإنسان غير مقبول فيما يبطل شهادة الشهود عليه بخلاف الوجه الأول؛ لأن هناك السبب الموجب للفرقة إنما ظهر بقوله، وقد ظهر موصولاً بكلامه ما يمنع الفرقة، فلهذا جعلنا القول قوله فيه.

---

(١) بياض بالأصل.

فإن قيل: كيف يقبل قول الشهود وإنه لم يقل شيئاً غير ذلك، وهذه شهادة على النفي، قلنا: نحن ما قبلنا هذه الشهادة على النفي، إنما قبلناها على الإثبات معنىً.

بيانه: أن الشهود بقولهم: لم يقل شيئاً غير ذلك أثبتوا أن ما ادعى بين الزيادة في ضميره، وما في الضمير لا يصلح ناسخاً لموجب الكلام، فهذه شهادة على الإثبات على الوجه الذي قلنا فقبلت، حتى لو قال الشهود: لا ندري قال ذلك أو لم يقل، إلا أنا لم نسمع منه غير قوله: المسيح ابن الله، كان القول قول الزوج، ولا يفرق القاضي بينهما؛ لأن ههنا الشهود ما أثبتوا أن الزيادة في ضميره لا في كلامه، وإنما قالوا: لم نسمع، وكما لم يسمع الشهود ذلك لم يسمع القاضي.

ونظير هذا إذا ادعى الزوج التكلم بالاستثناء، أو الشرط في الطلاق، قال: شهد عليه الشهود بطلاق أو خلع بغير استثناء لا يقبل القاضي قول الزوج ويفرق بينهما، وإن قال الشهود: لم نسمع منه غير كلمة الخلع والطلاق، فالقاضي لا يفرق بينهما، وكان القول قول الزوج في ذلك؛ إلا أن يظهر منه ما يدل على صحة الخلع من قبض البدل، أي ذكر البدل وغير ذلك فحينئذٍ القاضي لا يقبل قوله في ذلك، ومدار الكل على الحرف الذي ذكرنا، وقد ذكرنا مسألة دعوى الاستثناء في الخلع والطلاق في كتاب «الطلاق»، فلا يفيد.

ولو أن رجلاً عرف أنه جن مرة، فقالت امرأته: إنه ارتد البارحة، وقال الزوج: عاودني الجنون البارحة، فقلت ذلك وأنا مجنون، فالقول قول الزوج؛ لأنه أضاف سبب الفرقة إلى حالة معهودة، فالجنون إذا وجد يعود من بعد مرة؛ لأن مادته لا تنقطع على ما يأتي في كتاب البيوع إن شاء الله، وإن لم يعرف بالجنون قط؛ لم يقبل قوله، فإن لم يفرق القاضي بينهما في هذه الصورة حتى جن مرة أخرى، ثم أفاق، فقال: للقاضي كنت كذلك قبل اليوم لم يصدق على ذلك، وبانت منه امرأته؛ لأن الجنون مما يحدث، فحدوثه لا يكون دليلاً على أنه كان موجوداً فيما مضى، فأما بعدما علم وجوده، فهو لا يزول على وجه لا يبقى له أثر، فلهذا قبلنا قوله هناك، ولم نقبل ههنا.

قال: وكذلك النوم، لو ادعت أنه ارتد وقت العصر، فقال الزوج: كنت نائماً في تلك الحالة، فالقول قوله؛ لأن النوم يعتري المرء عادة في كل وقت، وإنه مما يذهب ويعود فكان به مستنداً إلى حالة معهودة، ولو علم أنه منذ شهر حتى ذهب عقله، فقالت المرأة إنه ارتد البارحة وقال [٨٩أ/ ٢] الزوج: سكرت البارحة كما سكرت منذ شهر وكان الارتداد في حالة السكر، وأنا لا أعقل، فإنها تبين منه، ولا يصدق الزوج على دعواه؛ لأن السكر لا يعود بعد زوال سببه؛ إلا بالاكتساب بسبب يتجدد لذلك، واكتساب ذلك السبب منه البارحة غير معلوم، فلا يقبل قوله إلا بحجة.

وعلى هذا لو علم أن المشركين أكرهوه على الكفر، ثم ادعت عليه أنه كفر مرة أخرى فصدقها بالكفر الثاني، وذكر أنهم أكرهوه فإننا لا نقبل قوله في ذلك؛ لأنه يدعي سبباً متجدداً غير معلوم، وكذلك لو علم أنه كان مُبَرْسماً قبل هذا بشهر، أو علم أنه شرب

البنج منذ شهر ثم قال: شربته البارحة، فذهب عقلي؛ لأن هذا كله مما لا يعود إلا باكتساب سبب مستقبل بخلاف الجنون، ولأن هذه الأشياء مما تزول على وجه لا يبقى لها أثر، وعلى وجه لا تعود قط بخلاف الجنون والنوم، فبهذا الحرف يتبين الفرق والله أعلم.

نوع آخر

ويعرض الإسلام على المرتد والمرتدة، حراً كان أو حرة، عبداً كان أو أمة، فإن أسلم المرتد وإلا قتل.

الأصل في قتل المرتد: قوله عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه»[(١)]، وإجماع الصحابة، فقد روي عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وجماعة أخرى من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين: أنهم رأوا ذلك، ولم ينقل عن غيرهم خلافه، والمعنى فيه أنه بنفس الردة صار حرباً علينا؛ لأن له بينة صالحة للحراب، وقد قام به الباعث على الحراب، وهو الكفر، فأقيم ذلك مقام حقيقة الحراب في وجوب قتله، أو في إباحته كما في الكافر الأصلي؛ إلا أنه لا بد من عرض الإسلام؛ لأن الظاهر أنه لا يرتد إلا بشبهة دخلت عليه، فيستحب العرض على الإسلام لجواز أنه يذكر تلك الشبهة فيزيلها، ولا يجب عرض الإسلام؛ لأنه بلغته الدعوة، ولا تجب الدعوة مرة أخرى إنما تستحب، فكذا ههنا، ثم إذا عرض عليه الإسلام وأبى أن يسلم قتل من ساعته، ولا يؤخر قتله في ظاهر الرواية، إلا إذا استمهل يمهل ثلاثة أيام.

وفي «النوادر» عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه يستحب للإمام أن يمهله ثلاثة أيام، استمهل أو لم يستمهل لرجاء أن يسلم، وهذا لما ذكرنا أن الارتداد لا يكون إلا عن شبهة، وعند زوال الشبهة يعود إلى الإسلام، ولا بد لزوال الشبهة من التأمل، ولا بد للتأمل من مدة، فقدرنا ذلك بثلاثة أيام، وقد صح أن رجلاً قدم على عمر رضي الله عنه، فقال له عمر: هل من مقربة خير؟ فقال: نعم، رجل منا قد ارتد فقتلناه، فقال له عمر: لو وليت منه ما وليتم؛ لكنت حبسته ثلاثة أيام أعرض عليه الإسلام في كل يوم، فإن أسلم وإلا قتلته.

وجه ظاهر الرواية وهو الجواب عن التمسك بحديث عمر: أن الحكم في ذلك الوقت كان ذلك، فقد كان فيهم من هو حديث العهد بالإسلام، ومن كان حديث العهد بالإسلام ربما تظهر له شبهة، فيرجع عن الإسلام بتلك الشبهة، ويعود إليه عند زوال الشبهة، ولا بد لزوال الشبهة من مدة، فاستحب الإمهال نظراً، أما في زماننا فقد استقر حكم الدين، وتبين الحق، فالشك بعد ذلك ظاهراً يكون عن تغيب مع احتمال أن يكون

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد حديث ٣٠١٧، وأبو داود في الحدود باب ١، والترمذي في الحدود حديث ١٤٥٨، وابن ماجه حديث ٢٥٣٥، وأحمد في المسند ١/ ٢١٧، ٢٨٢، ٢٨٣، ٣٢٣، ٥/ ٢٣١.

عن شبهة، فإذا طلب التأجيل على أنه كان عن شبهة، فيؤجل لإزالة الشبهة، وإذا لم يطلب حمل أنه متغيب فيقتل إزالة لتغيبه.

وإن أسلم يخلى سبيله، وإسلامه أن يأتي بكلمة الشهادة، ويتبرأ عن الأديان كلها سوى دين الإسلام، فإن تمام الإسلام من اليهودي بالتبري عن دينه، ومن النصراني بالتبري عن دينه، والمرتد ليس له ملة معينة، فتمام الإسلام في حقه بالتبري عن الأديان كلها، وإن تبرأ عما انتقل إليه كفى لحصول المقصود به، فإن ارتد ثانياً وثالثاً كذا يجعل به في كل مرة، وإذا أسلم خلي سبيله لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَىٰ إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا﴾ [النساء: ٩٤] من غير فصل بين المرة الأولى والرابعة والخامسة، وكان علي وابن عمر رضي الله عنهما يقولان: يقتل في المرة الرابعة لا محالة، ولا تقبل توبته؛ لأنه ظهر أنه مستخف مستهزىء، واستدلا بظاهر قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ازْدَادُوا كُفْرًا لَّمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٣٧] الآية.

ووجه قولنا: الآية التي تلوناها، وقد ذكرنا في «النوادر»: عن أصحابنا رحمهم الله: أنه إذا تكرر ذلك منه يضرب ضرباً مبرحاً، ثم يحبس إلى أن تظهر توبته وخشوعه، وعن أبي يوسف أنه إذا فعل ذلك مراراً يقتل غيلة وهو أن ينتظر، فإذا أظهر كلمة الشرك يقتل من غير أن يستتاب، وقتل الكافر [٨٩ب/ ٢] الذي بلغته الدعوى قبل الاستتابة جائز، هذا هو الكلام في المرتد.

جئنا إلى المرتدة، فالمرتدة لا تقتل عندنا حرة كانت أو أمة؛ بخلاف المرتد.

والفرق: أن نفس الكفر لا يبيح القتل بدليل أن الكافرة الأصلية لا تقتل، وإنما المبيح الكفر الباعث على الحراب، وكفر المرأة لا يبعثها على الحراب؛ لأن نفسها ليست بصالحة للحراب، ولا كذلك كفر الرجل، وإذا لم تقتل تجبر على الإسلام؛ لأنها التزمت أحكام الإسلام، فتجبر عليه كالرجل، والجبر على الإسلام بالحبس، والتشديد دون القتل؛ لأن القتل يفوت القدرة على الإسلام، فلا يصلح للجبر على الإسلام، بخلاف الحبس، ولا نقول بأن المرتد يقتل بطريق الجبر على الإسلام بالدفع، والشر والفساد بالمحاربة، وروى الحسن عن أبي حنيفة في المرتدة الحرة أنها تخرج كل يوم وتضرب تسعة وثلاين سوطاً إلى أن تموت.

فإن كانت المرتدة أمة، وطلب مولاها من القاضي أن يدفعها إليه دفعها إليه ليحبسها في منزله، ويجبرها على الإسلام ويستخدمها، ذكر المسألة على هذا الوجه في «الجامع الصغير»؛ لأن مراعاة حق المولى مع مراعاة حق الشرع يمكن من الوجه الذي بينا، وقال محمد رحمه الله في «الأصل»: دفعت إليهم إذا احتاجوا إليها، وفي «الجامع الصغير» لم تشترط الحاجة للدفع إليهم، وهو الصحيح، ولذلك الصحيح أن لا يشترط طلب المولى؛ لأن الجبر يصرف فيها، وولاية التصرف فيها للمولى، وروى الحسن عن أبي حنيفة في الأمة أن الإمام يبعث إليها كل يوم من يهددها ويضربها تسعة وثلاثين سوطاً، وهي في يد مولاها إلى أن تسلم.

بشر بن الوليد عن أبي يوسف: إذا جحد المرتد الردة أقر بالتوحيد وبمعرفة رسول الله، وبدين الإسلام، فهذا منه توبة.

نوع آخر

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد، ويجبر على الإسلام، ولكنه لا يقتل، وهو قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: ارتداده ليس بارتداد، وإسلامه إسلام عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله، خلافاً لزفر والشافعي، وإذا اعتبر ردته عندهما يجبر على الإسلام، ولكن لا يقتل بل يحبس إلى أن يسلم، إذا بلغ كافراً استحساناً، وإنما لم يقتل؛ لأن العلماء اختلفوا في صحة ردته، فيصير ذلك شبهة في درء القتل.

وعنه في «المنتقى»: ذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع عن قوله في ردة المراهق، وقال: ردته لا تكون ردة قال: وهو قول أبي يوسف، والصبي الذي حكم بإسلامه تبعاً للأبوين إذا بلغ مرتداً فإنه لا يقتل أيضاً استحساناً؛ لأنه ما كان مسلماً مقصوداً، وإنما ثبت حكم الإسلام تبعاً لغيره، فيصير ذلك شبهة في إسقاط القتل عنه، وإن بلغ مرتداً، والذي أسلم في حالة الصبا إذا بلغ مرتداً لا يقتل استحساناً؛ لأن العلماء اختلفوا في صحة إسلامه في حالة الصغر، فيصير ذلك شبهة في حق ردته.

والسكران إذا ارتد لا تصح ردته استحساناً، والأصل في ذلك ما روي أن بعض أصحاب رسول الله عليه السلام شرب وسكر حين كان الشرب حلالاً، وقرأ في صلاته ﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾ [الكافرون:١] وترك اللا فيها، فأنزل الله تعالى قوله: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ﴾ [النساء:٤٣] فقد سماه الله تعالى مؤمناً، ومعلوم أن هذا من الصاحي ردة، فتركنا القياس في حق السكران بهذا النص، وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في سكران ارتد، فقتله رجل عمداً أنه لا شيء عليه؛ أوله بعض أصحابنا على أنه جعل ردته ردة، وذلك خلاف المشهور من مذهبه.

نوع آخر
في تصرفات المرتد والمرتدة

المرتد إذا باع أو اشترى أو وهب ثم أسلم، فذلك كله جائز بلا خلاف، وإن قتل على الردة أو مات أو لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بلحوقه بطل ذلك كله، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: جميع ذلك نافذ على كل حال.

يجب أن تعلم بأن تصرفات المرتد أنواع أربعة:

منها: نافذ الاتصاف كقبول الهبة والاستيلاد، حتى إذا جاءت أمة المرتد بولد، فادعى نسبه ثبت نسبه منه، وورث هذا الولد منه مع سائر ورثته، وكذلك طلاقه وعتاقه، وتسليم شفعته، وحجده على العبد المأذون نافذ صحيح.

ونوع منها: هو باطل في الحال بالاتفاق كالنكاح والذبيحة؛ لأن الحِلّ بهما يعتمد

الملة، ولا ملة للمرتد، فقد ترك ما كان عليه،وهو غير مقر على ما انتقل إليه.

ونوع منها موقوف للحال وهو المفاوضة، فإن المرتد إذا فاوض مسلماً يتوقف، أما عند أبي حنيفة فلاعتبارها بسائر تصرفاته لمعنى تجميع الكل على ما تبين، وأما عندهما فلأن المفاوضة تقتضي التساوي، ولا مساواة بينهما في الحال على ما يأتي بيانه في كتاب الشركة فيتوقف، فإن أسلم نفذ وإن مات أو قتل [٧٠أ/٢] على الردة بطلت عند أبي حنيفة، وعندهما تبطل المفاوضة، وتبين أن الشركة كانت عناناً، وكذلك ولايته على أولاده الصغار يتوقف بلا خلاف.

ونوع منها: اختلفوا في نفاذه وتوقفه، وذلك كالبيع والشراء والإجارة والتدبير، والكتابة والوصية وقبض الديون، فعند أبي حنيفة تتوقف هذه التصرفات وعندهما تنفذ، وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بلحاقه تبطل، وعندهما تنفذ هذه التصرفات، إلا أن عند أبي يوسف تنفذ كما تنفذ من الصحيح، وعند محمد تنفذ كما تنفذ من المريض، وعبارة المشايخ في تخريج المسألة مختلفة، وأصحها أن حاصل الخلاف في هذه المسألة راجع إلى حرف أن ملك المرتد إذا مات أو قتل على الردة يعتبر زائلاً من وقت الموت، أو من وقت الردة، فعند أبي حنيفة يعتبر زائلاً في حق التصرفات المختصة بالملك من وقت الردة، فتبين أنه تصرف في ملك الغير، وكذلك في حق الإرث، يعتبر ملكه زائلاً من وقت الردة في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، وعندهما يعتبر زائلاً من وقت الموت في حق التصرفات وفي حق الميراث، فلا يتبين أنه تصرف في ملك الغير.

حجتهما: أن ملكه في حق الميراث يعتبر زائلاً من وقت الموت باتفاق بيننا وبين أبي حنيفة على إحدى روايتيه، حتى إذا ولد له ولد من علوق حادث بعد الردة ورثه إذا كان مسلماً تبعاً لأمه بأن علق من أمه مسلمة له، فكذا في حق سائر التصرفات؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل؛ وهذا لأن المرتد في حق الأحكام مسلم من وجه كافر حربي من وجه، أما حربي من وجه؛ لأنه حل قتله، والكافر إنما يقتل لمكان الحراب، وأما مسلم من وجه، فلأن بعض أحكام الإسلام، قد بقي في حقه، وهو مقهور في أيدينا، فكان هذا القهر باعتبار ما بقي من أحكام الإسلام على المسلم، وباعتبار ما ثبت من أحكام الكفر على الحربي، والقهر على الحربي من كل وجه يوجب زوال ملكه من كل وجه، والقهر على المسلم من كل وجه في دار الإسلام لا يوجب الزوال، فقد وقع الشك في زوال ملكه من وقت الردة، فلا يزول بالشك.

وأبو حنيفة رحمه الله: يقول بأن المرتد بين المسلم والكافر الحربي في حق الأحكام، والعمل بالشبهتين متعذر في حق كل حكم، فعملنا بهما في حق حكمين مختلفين، فعملنا بشبه الإسلام في حق الميراث، وجعلنا الأملاك في حق الميراث زائلة من وقت الموت حتى ورثه الوارث الحادث بعد الردة، وفي حق التصرفات اعتبرنا الملك زائلاً من وقت الردة حتى يظهر أنه تصرف في ملك الغير، فيبطل تصرفه عملاً بالشبهين

بقدر الإمكان؛ إلا أنا أظهرنا شبهة الكفر في حق بطلان التصرف؛ لأن بطلان التصرف عليه وهو جانٍ، وحرمان الميراث على الوارث، والوارث ليس بجانٍ فكان إظهار الكفر فيما عليه، وهو جان أولى بخلاف المرأة، فإن أملاك المرأة المرتدة إذا ماتت تزول من وقت الموت في حق التصرفات والميراث جميعاً؛ لأنه لم يوجد في حق المرأة بعد الردة قبل الموت ما يوجب زوال أملاكها؛ لأن الموجب لزوال الملك بعد الردة القهر على الكافر الحربي، والمرأة ما دامت في دار الإسلام فإنه لا يلزمها حكم من أحكام أهل الحرب حتى لا تسترق، فالقهر على المرأة لا يكون قهراً على الحربي بوجه ما، بل يكون قهراً على غير الحربي، فكان بمنزلة القهر على الذمي، وذلك لا يوجب زوال الملك، فههنا كذلك، وإذا لم يوجد في حق المرأة ما يوجب زوال ملكها من وقت الردة جعلنا ملكها زائلاً من وقت الموت في حق التصرفات والميراث جميعاً.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح «السير الصغير» وفي «المأذون الكبير»: أن هذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في حق تصرفات المرتد قبل اللحوق بدار الحرب.

فأما تصرفاته بعد اللحوق بدار الحرب قبل قضاء القاضي بلحاقه يتوقف بالإجماع، ثم عندهما تصرفات المرتد متى نفذت نفذت في كسب الإسلام والردة جميعاً.

وعند أبي حنيفة اختلف المشايخ؛ قال بعضهم: تصرفاته في كسب الردة نافذة في ظاهر مذهبه، وإنما التوقف في تصرفاته في كسب الإسلام، وإلى هذا مال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده، واستدل بمسألة ذكرها في كتاب الرهن، وصورتها: المرتد إذا قضى ديناً وجب عليه بعد الردة من كسب الردة جاز عند أبي حنيفة، قال شيخ الإسلام هذا رحمه الله، روى الحسن عن أبي حنيفة في غير رواية «الأصول» أن تصرفه في كسب الردة يتوقف [٧٠ب/ ٢] ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح، وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه: أن الصحيح أن تصرف المرتد يتوقف بالإجماع في الكسبين جميعاً.

قال شمس الأئمة هذا رحمه الله: وما ذكر في كتاب الرهن: أن المرتد إذا قضى ديناً وجب عليه بعد الردة من كسب الردة جاز بذلك على رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، فأما على رواية الحسن عنه؛ لا ينفذ إذا كان في كسب الإسلام وفاء؛ قال رحمه الله: والصحيح رواية الحسن.

قال شمس الأئمة هذا رحمه الله الحاصل: أن الرواية قد اختلفت عن أبي حنيفة رحمه الله؛ في قضاء ديون المرتد، ففي رواية أبي يوسف رحمه الله عنه يبدأ بكسب الردة، فإن لم يفِ يقضى من كسب الإسلام، وفي رواية الحسن عنه يبدأ من كسب الإسلام، فإن لم يفِ؛ يقضي من كسب الردة، وفي رواية زفر دين الردة يقضى من كسب الردة، ودين الإسلام يُقضى من كسب الإسلام، والصحيح رواية الحسن، والمرتدة تصرفاتها نافذة، كسب الإسلام وكسب الردة في ذلك على السواء، وهذا بلا خلاف، فهما لا يحتاجان إلى الفرق بين الرجل وبين المرأة، وأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق، والفرق ما ذكرنا، فلا يفيد.

وفي «الزيادات» في «شرحه»: المرأة إذا ارتدت عن الإسلام، ثم تصرفت إن كان تصرفاً ينفذ من المسلم ينفذت منها، وإن كان تصرفاً لا ينفذ من المسلم لكن يصلح ممن انتحلت إليه من الملة؛ كالتهود والتنصر نفذ تصرفاتها عندهما؛ كما ينفذ من المرتد، وأما عند أبي حنيفة فقد اختلف المشايخ بعضهم قالوا: يصح منها ما يصح من المسلم.

نوع آخر
في ميراث المرتد

وترث امرأة المرتد إذا مات أو قتل على الردة، والمرأة بعد في عدته، وإن مات أو قتل وعدتها منقضية فلا ميراث لها؛ وهذا لأن الزوج بالردة صار فاراً، وامرأة الفار ترث إذا مات عنها وهي في العدة بعد، ولا ترث إذا مات الزوج بعد انقضاء عدتها، وإنما قلنا إن المرتد صار فاراً، أما إذا ارتد وهو مريض فلا إشكال؛ لأن الزوج أحدث سبب الفرقة بعدما تعلق حقها بماله، فيصير فاراً؛ كما لو طلقها طلاقاً بائناً بعدما مرض، وأما إذا ارتد وهو صحيح؛ لأن البينونة بالردة إنما تقع في حال ما تعلق حقها بماله؛ لأن الردة من الرجل بمنزلة المرض؛ لأنه سبب الموت، وحق الوارث إنما يتعلق بمال المورث في أول جزء من أجزاء المرض لا في جزء، ويوجد بعد الجزء الأول من الأجزاء؛ لأن الجزء الأول سبب لوجود الجزء الثاني، فيكون التعلق مضافاً إلى الجزء الأول، وإذا صار التعلق مضافاً إلى الجزء الأول من المرض؛ ثبت التعلق في أول جزء الردة قبل التمام، ثم البينونة تقع بعد تمام الردة، وهو في إتمام الردة مختار، فتقع البينونة في حال ما يتعلق حقها بماله، فيصير الزوج فاراً.

وأما المرتدة إذا ماتت فزوجها هل يرث منها؟ ينظر إن ارتدت وهي صحيحة لا يرث زوجها منها، ولا تصير فارة، بخلاف الرجل إذا ارتد في حالة الصحة ثم مات أو قتل على الردة، فإنها ترث منه ويصير فاراً من ميراثها؛ لأن الفرار إنما يثبت إذا وقعت الفرقة بعدما تعلق الحق، وفي جانب الرجل تقع الفرقة بعدما تعلق حق المرأة، وإن كانت الردة منه في حالة الصحة؛ لأن الردة من الرجل بمنزلة مرض الموت على ما مر، فأما في جانب المرأة لا تقع الفرقة بعدما تعلق حق الزوج بمالها؛ لأن الردة من المرأة ليست بمنزلة مرض الموت؛ لأنها ليست بسبب للموت، فلا يتعلق حق الزوج بمالها لا في أول الردة، ولا وقت تمام الردة، فلهذا لا تصير فارة، وإذا ارتدت وهي مريضة؛ القياس: أن لا تصير فارة.

وفي الاستحسان: تصير فارة وهذا هو القياس، والاستحسان الذي يذكر في جانب الرجل إذا طلقها في مرض موتها القياس: أن لا يصير فاراً، وإن انقضت عدتها قبل أن تموت فلا ميراث له، وإن ارتدت في حالة، وصارت فارة؛ لأن الفرار إنما يمنع بطلان الإرث إذا كانت العدة قائمة، وقت الموت كما في جانب الزوج.

وإذا مات المرتد أو قتل على ردته فما اكتسبه في حالة الإسلام يصير ميراثاً بين ورثته على فرائض الله تعالى عند علمائنا رحمهم الله، وما اكتسبه في حالة الردة قال أبو

حنيفة رحمه الله: يصير فيئاً، فيوضع في بيت المال، وقالا: يصير ميراثاً بين ورثته، والله أعلم على فرائض الله تعالى.

والوجه في ذلك: أن المرتد مسلم من وجه كافر حربي من وجه؛ لأن بعد الردة بقي بعض أحكام الإسلام في حقه حتى لا يقسم ماله، ولا تسترق نفسه، ولا يوظف عليه الجزية، ولا يجوز تصرفه في الخمر والخنزير، ولا يجوز للذمي أن يتزوج المرتدة، وثبت [٧١/أ/ ٢] بعض أحكام الكفر، وهو حل القتل، وحرمة ذبحه ولا يصلى عليه إذا مات، ويدفن في مقابر المشركين، فهو معنى قولنا: إن المرتد مسلم من وجه كافر حربي من وجه، وكونه مسلماً يقتضي أن يكون ماله لورثته المسلمين، وكونه كافراً يمنع ذلك بعد هذا.

قال أبو حنيفة رحمه الله: تعذر العمل بهما في حال واحد، فعملنا بهما في حالين مختلفين، فقلنا بتوريث كسب الإسلام، عملاً بكونه مسلماً في حق بعض الأحكام، ولم نقل بتوريث كسب الردة عملاً بكونه كافراً في حق بعض الأحكام، وكان العمل على هذا الوجه أولى من العمل على القلب؛ لأنا لو عملنا بكونه مسلماً في حق كسب الردة، وقد حصل في حالة الكفر أولى أن يعمل به في حق كسب الإسلام، وقد حصل في حالة الإسلام.

وأبو يوسف ومحمد قالا: اعتبار حكم الإسلام يوجب أن يكون ماله لورثته دون بيت المال، واعتبار كونه كافراً يوجب أن يكون ماله لبيت المال دون ورثته، فاستويا في الاستحقاق، وترجح جانب الورثة بالقرابة؛ لأن للوارث إسلاماً وقرابة، وليس لبيت المال إلا الإسلام على معنى أن ما يوضع في بيت المال حق المسلمين، فصار الوارث أولى، وأبو حنيفة رحمه الله يجيب عن هذا، ويقول: إنما صار إلى الترجيح إذا لم يمكن العمل بهما، وقد أمكن من الوجه الذي تم.

اختلفت الروايات عن أبي حنيفة: أن من كان وارثاً له وقت ردته، وبقي إلى موت المرتد يرثه، ومن حدث بعد ذلك لا يرثه، حتى أنه لو أسلم بعض قرابته بعد ردته أو ولد له ولد من علوق حادث بعد ردته؛ فإنه لا يرثه.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه يرثه من كان وارثاً له وقت الردة، وإن لم يبق إلى وقت موته بل يخلفه وارثه فيه، وروى محمد عن أبي حنيفة أنه يرثه من كان وارثاً له وقت موته أو قتله، سواء كان موجوداً وقت الردة، أو لم يكن موجوداً وقت الردة، وإنما حدث بعد ذلك بأن علق من أمة مسلمة له وهذا أصح، هذا إذا مات أو قتل على الردة، فأما إذا لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بلحاقه، سيأتي الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله.

وأما المرتدة إذا ماتت قسم مالها بين ورثتها على فرائض الله سبحانه وتعالى، سواء كان كسب إسلام أو كسب ردة؛ كلا الكسبين يصير موروثاً، فأبو يوسف ومحمد لا يحتاجان إلى الفرق بين المرتدة وبين المرتد، فإن على قولهما كسب المرتد يصير ميراثاً لورثته، وكسب الإسلام وكسب الردة فيه على السواء ككسب المرتدة.

وأبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق، فإن عنده كسب المرتد في حالة الردة لا يصير ميراثاً بين ورثته، هذا إذا مات المرتد أو قتل على ردته، فأما إذا لحق بدار الحرب، فالكلام فيه يأتي بعد هذا في النوع الذي يلي هذا النوع.

نوع آخر
في المرتد إذا لحق بدار الحرب

قال محمد رحمه الله: في رجل ارتد ولحق بدار الحرب، وله أمهات أولاد ومدبرون وعليه ديون، فالقاضي يقضي بعتق أمهات أولاده، ويجعل ما عليه من الدين حالاً، ويقضي ديونه الغرماء، ويقضي بعتق مدبريه من بيت المال، ويقسم ماله بين ورثته، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الكتاب». اعلم أن المرتد ما دام متردداً في دار الإسلام، فالقاضي لا يقضي بشيء من هذه الأحكام؛ لأن هذه الأحكام أحكام المولى ما دام هو في دار الإسلام، فهو حي حقيقة، وإنه ظاهر وكذا حكماً؛ لأنه مجبر على الإسلام.

وإذا لحق بدار الحرب، فقد انقطع عنه الجبر على الإسلام لفقد ولاية الجبر عليه، فالتحق بسائر أهل الحرب وصار كالميت، إذ أهل الحرب كالأموات في حق المسلمين، وإليه أشار الله تعالى في قوله: ﴿أَوَ مَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾ [الأنعام:٢٢] إلا أن موته باللحوق بدار الحرب ليس بمتقرر لجواز أن يعود، وإنما يتقرر إذا ترجح جانب عدم العود، وذلك بقضاء.

بعد ذلك اختلفت عبارة المشايخ، بعضهم قالوا: ليس الشرط قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب، وإنما الشرط قضاؤه بشيء من أحكام الموتى على ما مرَّ؛ وهذا لأن القاضي لما قضى بشيء من أحكام الموتى، فقد علمنا أنه لاح عنده دليل يعزو موته، وعدم رجوعه سابقاً على القضاء، فيقع القضاء بهذه الأحكام بناءً على ذلك الدليل؛ وهذا لأنه لا بد من إجراء الأحكام؛ إما أحكام الموتى، وإما أحكام الأحياء، وكل ذلك يتبين على الدليل.

فإذا قضى القاضي بشيء من أحكام الموتى علمنا أنه لاح عنده دليل موته، وإن قضاءه بأحكام الموتى كان بناءً على ذلك الدليل، فكان قضاؤه في محله فينفذ، وعامتهم على أنه يشترط قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب سابقاً على قضائه بهذه الأحكام التي ذكرناها، وإليه [٧١ب/ ٢] أشار محمد رحمه في كثير من المواضع؛ وهذا لأن هذه أحكام الموتىٰ لا بد من سبق الموت لتمكن القضاء بهذه الأحكام بناءً عليه، فإن عاد إلى دار الإسلام مسلماً، فعلى قول من لم يشترط قضاء القاضي بلحوقه، وإنما شرط قضاؤه بهذه الأحكام إذا عاد مسلماً قبل قضاء القاضي بهذه الأحكام، فكأنه لم يزل مسلماً؛ لأن موته بمجرد اللحوق بدار الحرب محتمل وليس بمتقرر، وما ليس بمتقرر لا يصلح لبناء الأحكام عليه، فصار الوجود والعدم بمنزلة، فإن عاد بعدما قضى القاضي بهذه الأحكام لا يبطل قضاؤه لصدوره عن ولاية، ولا يضمن الورثة ما أتلفوا من ماله قبل عوده إلى دار الإسلام مسلماً؛ لأنهم أتلفوا مالهم؛ لأن المال صار لهم بقضاء القاضي بكونه ميتاً، وما

كان قائماً في يد الوارث بعينه رد عليه؛ لأن الوارث يملك مال المورث، فإذا جاء الأصل بطل الخلف.

وعلى قول من شرط قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب يقول: إذا قضى القاضي بهذه الأحكام، ولم يقضِ بلحوقه بدار الحرب حتى عاد مسلماً بطل قضاؤه بالميراث لورثته، وبعتق أمهات الأولاد والمدبرين؛ لأن قضاء القاضي بدار الحرب غير متقرر، وإن قضى بلحوقه بدار الحرب مع ذلك ثم عاد مسلماً إلى دار الإسلام؛ فجميع ما حكم به القاضي، فهو ماض؛ لأنه لما عاد إلى دار الإسلام مسلماً بعدما حكم بموته، فكأنه حي حقيقة بعدما مات، ولو كان هكذا أليس أنه لا سبيل له على المدبر، ولا على أمهات أولاده؟ فكذا ههنا.

وكذلك لا يملك تضمين الورثة ما أتلفوا، ولكن يأخذ ما كان قائماً في يد الوارث من ماله بعينه؛ لأن ملكه زال بموته حكماً إلى الوارث، فإذا عاد مسلماً، وجعل كأنه حي حقيقة بعدما مات، فقد ارتفع سبب الزوال، ولكن ارتفاع سبب الزوال إنما يظهر في حق القائم، ولا يظهر في حق الهالك، فيعود ملك المرتد فيما كان قائماً في يد الورثة بعينه، ولا يعود في حق الهالك، ثم ما كان قائماً في يد الورثة إنما يعود إلى ملكه بقضاءٍ أو رضاءٍ، فإنه ذكر في «السير الكبير»: أن وارث الوارث إذا تصرف في المال الذي ورثه بعدما عاد المرتد إلى دار الإسلام مسلماً ينفذ تصرفه.

وهذا دليل على أن بتعيين العود ثانياً لا يعود القائم إلى ملكه، و إنما شرطه القضاء أو الرضا؛ لأن الوارث إنما ملك هذا المال بالقرابة والموت، والموت إن ارتفع بالعود ثانياً فالقرابة لم ترتفع، وكان سبب الملك منفسخاً من وجه دون وجه، وسبب الملك إذا انفسخ من وجه دون وجه يفسد الملك، ولا يرتفع إلا بالقضاء أو التراضي؛ كما لو اشترى عبداً بجارية، وهلك أحدهما قبل القبض، والآخر مقبوض، وهنالك الملك في المقبوض يفسد، ولا يرتفع إلا بقضاء أو رضا؛ كذا ههنا.

ثم في نقد الفصل، وهو ما إذا لحق المرتد بدار الحرب، وقضي بالميراث لورثته، فعلى قول أبي يوسف: إنما يقضى لمن كان وارثاً له وقت القضاء بلحوقه بدار الحرب، وعلى قول محمد: يقضى لمن كان وارثاً له وقت اللحوق بدار الحرب، وجه قول محمد رحمه الله: إن الإرث ينبني على الموت، وإنما يحكم بموته باللحوق بدار الحرب فيرثه من كان وارثاً له وقت اللحوق بدار الحرب، ولأبي يوسف رحمه الله أن لحوقه بدار الحرب غيبة على الحقيقة، وإنما يصير موتاً بقضاء القاضي، فإنما يرثه من كان وارثاً له وقت قضاء القاضي.

قال: مرتد لحق بدار الحرب وله ابن وعبد فقضى بالعبد لابنه، فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً، فالكتابة على حالها؛ لأن الكتابة قد نفذت بصدورها من الابن حالة ولايته، والمكاتبة للذي جاء مسلماً، فإذا أدى المكاتب المكاتبة إلى الذي جاء مسلماً، وحكم بعتقه فولاؤه للذي جاء مسلماً؛ وهذا لأن القاضي إنما قضى بالعبد للابن بطريق

الخلافة عن المرتد لاستغناء المرتد، فإذا عاد مسلماً فقد يقع الاستغناء ووقعت الحاجة، فيطلب الخلافة، وجعل كأن الابن كاتب عن الأب بطريق الخلافة عن الأب، فلهذا كانت المكاتبة له، والولاء عند العتق له، وحق قبض المكاتبة له لا للابن؛ لأن الابن كالنائب عنه في الكتابة، وحقوق العقد في الكتابة ترجع إلى المنوب عنه لا إلى النائب، وهذا بخلاف ما إذا دبره الابن، وباقي المسألة بحالها حيث لا يكون الولاء للأب؛ لأن التدبير يوجب شعبة من شعب العتاق، ويثبت الولاء للمدبر للحال، والولاء متى ثبت في محل لا يمكن نقله إلى محل آخر كما إذا أعتقه حقيقة، ولا كذلك الكتابة؛ لأن الكتابة لا توجب الولاء في الحال، وإنما توجب الولاء في ......[1]، ولو أثبتنا [٧٢أ/ ٢]. الولاء للأب لا يكون فيه نقل للولاء من محل إلى محل وهذا يظهر في أن المكاتب إذا اشترى عبداً وكاتبه، ثم عجز الأول، فإن الثاني يكون مكاتباً للمولى الأعلى ويكون ولاؤه له وطريقه ما قلنا.

وإذا ارتد الأب مع بعض أولاده، ولحقوا بدار الحرب، فدفع ميراث المرتد إلى الإمام، فإنه يقسم ميراثه بين ورثته المسلمين، ولا شيء من ميراثه للذي ارتد من أولاده؛ لأن المرتد لا يرث عنه أحد، حكم المسألة في «السير الكبير» من غير خلاف، وهذا الجواب في كسب اكتسبه في حالة الإسلام، فأما ما اكتسبه بعد الردة قبل اللحوق بدار الحرب، فهو على الخلاف على قولهما يكون ميراثاً لورثته المسلمين، وعلى قول أبي حنيفة يكون فيئاً، وأما ما اكتسبه في دار الحرب، فهو لابنه الذي ارتد معه، ولحق بدار الحرب، إذا مات مرتداً؛ لأنه اكتسب في ذلك المال، وهو من أهل الحرب، وأهل الحرب يتوارثون فيما بينهم دون أهل الإسلام.

فإن لحق معه بدار الحرب أحد من أولاده مسلماً، فإنه يرثه من كسب إسلامه، ولا يرث شيئاً مما اكتسبه بعد الردة؛ لأن حاله في دار الحرب كحاله في دار الإسلام، فالمسلم من أهل دار الإسلام حيث ما يكون.

ولو ارتد الزوجان معاً، ولحقا بابن صغير لهما دار الحرب، وكانت حبلى، فوضعت لأقل من ستة أشهر، فميراثهما لولديهما المسلمين، ولا يرث هذا الصغير منهما شيئاً؛ لأنه حكم له بالردة تبعاً للأبوين حين كان معهما في دار الحرب؛ ألا ترى أنه يسبى ويكون فيئاً، والمرتد لا يرث أحداً.

ولو اكتسبا في دار الحرب مالاً، ثم ماتا وأسلم أهل الدار، فميراثهما لهذا الولد؛ لأنه صار حربياً حكماً، والحربي يرث من الحربي، ولو لم يقضِ القاضي بلحاقهما حتى أسلمت المرأة، ورجعت بولدها الصغير إلى دار الإسلام، أو كانت حاملاً، فوضعت لأقل من ستة أشهر، ثم رفع الأمر إلى القاضي، فإن القاضي يجعل ميراث المرتد لورثته المسلمين، ولا يقضي لامرأته، ولا لهذا الولد من ذلك شيء؛ لأن المعتبر وقت موته،

---

(١) بياض بالأصل.

والمرأة كانت مرتدة في ذلك الوقت، وما في بطنها كان تبعاً لها، والصغير الذي لحقا به دار الحرب كان في حكم المرتد أيضاً، فلهذا لا يرثونه شيئاً مما اكتسبه في حالة الإسلام.

ولو لحق المرتد بدار الحرب، وامرأته حبلى في دارنا مسلمة، فإن جاءت بولد لأقل من سنتين منذ ارتد الأب ثبت نسبه وكان من جملة ورثته؛ لأن النكاح قد انقطع بينهما بالردة، فهو كما لو انقطع بالطلاق البائن، وفي مثله يستند العلوق إلى بعد أوقات الإمكان، فلهذا يثبت النسب منه، ويكون من جملة الورثة أيضاً، فإن كانت ارتدت بعد ردة الزوج، والمسألة بحالها، فإن نسب الولد يثبت إذا جاءت به لأقل من سنتين، ويرثه هذا الولد؛ لأنه محكوم له بالإسلام تبعاً للدار بعد ارتداد الأبوين، فلهذا كان من ورثته، وأما المرأة، فإن كانت ارتدت قبل لحوق الزوج بدار الحرب لا يكون لها الميراث، وإن كانت ارتدت بعدما لحق الزوج بدار الحرب، فهي من ورثته.

نوع آخر

ذكر محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل وامرأته ارتدا عن الإسلام - والعياذ بالله - ولحقا بدار الحرب، فحبلت المرأة في دار الحرب، وولدت ولداً، وولد الولد ولداً، ثم ظهرنا عليهم، فالولدان جميعاً فيء، ويجبر الولد على الإسلام، ولا يجبر ولد الولد على الإسلام.

واعلم بأن هذه المسألة لابد لمعرفتها من مقدمات.

أحدها: أن الولد يتبع الأم في الرق والهوية والمرتدة تسبى، وتسترق في دار الحرب، وكذلك أولادها بطريق التبعية.

الثانية: أن الولد يتبع للأبوين في الدين، ولا يتبع الجد، على هذا اجتمعت الأمة، والنص ورد بتقريره، قال عليه السلام: «كل ولد يولد على الفطرة، وأبواه يهودانه وينصرانه، ويمجسانه»(١) وقوله يهودانه معناه: يتبعانه في اليهود، فالنبي عليه السلام أتبع الأولاد الآباء، وما أتبع الأجداد؛ وهذا لأنا لو أتبعنا الولد الجد لأتبعناه جد الجد إلى أول الأب، فيؤدي هذا إلى الحكم بإسلام كافة الناس تبعاً لآدم وحواء ونوح صلوات الله عليهم، ويؤدي إلى القول بردة جميع الكفرة، واحد من الأئمة لم يقل به.

الثالثة: أن من ثبت فيه حكم الارتداد تبعاً للأبوين يجبر على الإسلام إذا وقع في أيدينا، ومن لم يثبت فيه حكم الارتداد لا يجبر على الإسلام؛ لأن الجبر على الإسلام حكم ثبت شرعاً في حق المرتد؛ لا في حق غيره.

الرابعة: أن ما ثبت بطريق الضرورة يكون عدماً في ما وراء الضرورة.

إذا ثبتت هذه الجملة جئنا إلى أصل المسألة، فنقول: الولد يجبر على الإسلام؛

---

(١) أخرجه البخاري في الجنائز حديث ١٣٨٥، ومسلم في القدر حديث ٢٦٨٥.

لأنه صار مرتداً حكماً تبعاً للأبوين، إلا أنه يجبر على الإسلام بالحبس، ولا يقتل؛ لأنه مرتد حكماً لا حقيقة؛ لأنه صار مسلماً حكماً لا حقيقة، وفي مثل هذا الجبر على الإسلام بالحبس لا بالقتل، وولد الولد لا يجبر على الإسلام؛ لأنه لم يصر مرتداً [٧٢ب/ ٢] حكماً؛ لأنه لو صار مرتداً؛ إما أن يصير تبعاً لأمه حكماً وضرورة؛ لا بطريق الأصالة إذ لم توجد منه الردة، وما كان ضرورياً لا يظهر فيما عدا الضرورة، ولا ضرورة في حق ولد الولد، فلا تظهر ردة الولد في حق ولد الولد، وإما أن يصير مرتداً تبعاً للجد، ولا وجه إليه أيضاً لما ذكرنا، والولدان جميعاً فيء، أما الولد فلما ذكرنا، وأما ولد الولد؛ فلأنه إن لم يثبت فيه حكم الارتداد إلا أنه من أهل الحرب تبعاً لأبويه، فإنهما حربيان ومن يكون من أهل الحرب لا تسلم له نفسه، وقد تعذر قتله؛ لأنه لم يكن له أصل في الإسلام، فيجعل فيئاً كسائر أهل الحرب وذراريهم.

وذكر هذه المسألة في «الأصل» ووضعها فيما إذا مات الأبوان بعدما ولد لهما أولاد، وولد الأولاد هم أولاد، ثم ظهر المسلمون عليهم، وذكر أن الولد لا يصير فيئاً، ويجبر على الإسلام؛ لأنه مرتد تبعاً لأبويه، والمرتد لا يسبى إلا تبعاً لأمه، وههنا لو سبي سبي أصلاً إذ الأم هالكه، وتجبر على الإسلام، ولكن لا تقتل لما قلنا.

وذكر في «النوادر»: أنهما إذا ارتدا ولحقا بولد صغير لهما في دار الحرب، فولد لذلك الولد بعدما كبر، ثم ظهر المسلمون على ولد الولد، فهو يجبر على الإسلام في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا يجبر عليه في قول أبي يوسف؛ لأن أب هذا الولد ما كان مسلماً بنفسه، وإنما يثبت حكم الإسلام في حقه تبعاً، فهو والمولود في دار الحرب بعد ردتهما على السواء، وهما يقولان: قد كان هذا الولد محكوماً بإسلامه تبعاً لأبويه، أو بدار الإسلام، والولد يتبع أباه في الدين، وإذا كان الأب مسلماً في وقت ثبت لولده حكم الإسلام، فيجبر على الإسلام بخلاف ما لو ولد في دار الحرب بعد ردتهما؛ لأن هذا الولد لم يكن مسلماً قط.

وفي «السير الصغير»: إذا ارتد الزوجان، ولحقا بدار الحرب، ومعهما ولد صغير، ثم ظهر المسلمون عليهم، فالولد فيء؛ لأن الولد الصغير صار مرتداً تبعاً للأبوين، وولد المرتد يصير فيئاً تبعاً متى ورد السبي عليهما في دار الحرب تبعاً للمرتدة، فإن ارتد الأب وحده، وذهب بالولد الصغير إلى دار الإسلام، والأم مسلمة في دار الحرب، لم يكن الولد فيئاً؛ لأنه بقي مسلماً تبعاً لأمه.

فإن قيل: كيف يتبعها بعد تباين من الدارين؟ قلنا: تباين الدارين يمنع الاتباع في الإسلام ابتداءً لا في إبقاء ما كان بائناً، ألا ترى أن الحربي لو أسلم في دار الحرب، وله ولد صغير، ثم خرج إلى دارنا بقي الولد مسلماً بإسلامه؛ حتى إذا وقع الظهور لا يكون فيئاً؛ بخلاف ما لو أسلم في دارنا، وله ولد صغير في دار الحرب؛ لأن هناك الحال حال ابتداء الإسلام للولد، وتباين الدارين يمنع الاتباع في الإسلام ابتداءً، وههنا الولد كان مسلماً، فيبقى كذلك تبعاً للأم، وإن كانت الأم في دار الإسلام، وكذلك إن كانت الأم

ميتة في دار الإسلام؛ لأن إسلام نصرانية ذمية؛ لأنها من أهل دارنا، وكما يتبعها الولد إذا كانت من أهل ديننا فكذا يتبعها إذا كانت من أهل دارنا توفيراً لمنفعة الولد، ولأنه لا يتم إحراز الولد بالإحراز بدار الحرب؛ لأن اعتبار جانب الأب يوجب أن يكون الولد حربياً، واعتبار جانب الأم يوجب أن يكون الولد من أهل دار الإسلام، فترجح هذا الجانب عند المعارضة توفيراً للمنفعة على الولد، وإذا بقي من أهل دارنا فكأنه في دارنا حقيقة، فلا يسترق والله أعلم.

نوع آخر

في جناية المرتد والجناية عليه، وما يتصل بذلك

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: مرتد قتل رجلاً خطأ، ولحق بدار الحرب ومات أو قتل على الردة، أو هو حي في دار الإسلام، فالدية في ماله؛ وهذا لأن العاقلة لا تعقل عن المرتد؛ لأنه كافر حربي من وجه، وإن كان مسلماً من وجه، فمن حيث أنه مسلم إن كانت تعقل عنه العاقلة، فمن حيث أنه كافر حربي لا يعقل عنه، فلا يعقل عنه بالشك، وإذا لم تعقل عنه العاقلة؛ تجب الدية في ماله عندهم.

أما عند أبي يوسف ومحمد فظاهر؛ لأن المرتد عندهما كالمسلم في حق سائر التصرفات، فكذا في حق الجناية، والمسلم إذا جنى جناية لا تتحملها العاقلة كان موجبها في ماله، فكذا المرتد.

وأما على قول أبي حنيفة فلأن عبده المرتد بمنزلة المسلم في حق الجناية، وإنما تفارقه في حق التصرفات المختصة بالملك، وإنما كان كذلك؛ لأن القول بالتوقف في حق سائر التصرفات سوى الجناية ممكن؛ لأنها تقبل الفسخ بعد وقوعها، ولأن سائر التصرفات المختصة بالملك يتبين صحتها على الملك، فيمكن القول بتوقفها حكماً لتوقف الملك [٧٣أ/ ٢] وأملاك المرتد في حق التصرفات صارت موقوفة بين أن تزول عنه من وقت الردة متى مات؛ أو قتل على الردة، وبين أن تستقر عليه إذا أسلم، فقال بتوقف تصرفاته حكماً لتوقف الملك، فأما لا يمكن القول بتوقف جناية المرتد؛ لأنها لا تقبل الفسخ بعد وقوعها، ولأنه بالجناية ليس يتصرف في ملكه؛ لتتوقف الجناية حكماً، لتوقف ملكه، وإذا لم تتوقف الجناية بسبب الردة كان المرتد في حق الجناية والمسلم سواء.

فإن لم يكن له إلا كسب الإسلام، أو إلا كسب الردة؛ يستوفي الدية منه، وإن كان له كسب الإسلام وكسب الردة، فعلى قولهما؛ يستوفي الدية من الكسبين؛ لأن كسب الإسلام وكسب الردة عندهما في القرب إليه على السواء، حتى تنفذ تصرفاته فيهما، ويجري الإرث فيهما لورثته، وإذا كانا في القرب إليه على السواء لم يكن أحدهما باستيفاء الدية عنه بأولى من الآخر، فيستوفي الدية منهما لهذا القدر، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: الدية تستوفى من كسب الإسلام أولاً، فإن فضل منها شيء؛ يستوفى الفضل من كسب الردة.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: إنما صار كسب الإسلام أولى بإيجاب الدية فيه؛ لأن

كسب الإسلام أبعد عن المرتد من كسب الردة؛ لأن تصرفه في كسب الإسلام يتوقف عند أبي حنيفة فكان كالزائل عن ملكه من وجه في حق التصرف، وتصرفه في كسب الردة نافذ عند أبي حنيفة على ظاهر الرواية، فكان كسب الإسلام عنه أبعد.

والأصل في بدل الجناية: وجوبها في أبعد الأموال عن الجاني، ألا ترى أنه يجب على العاقلة أولاً إن أمكن الإيجاب على العاقلة، ولا يجب في مال الجاني مع إمكان الإيجاب على العاقلة، فصار كسب الإسلام أولى بإيجاب الدية فيه.

وما اغتصب المرتد من شيء أو أفسده، فضمان ذلك في ماله عندهم جميعاً، أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي حنيفة فلأن المرتد يساوي المسلم في الغصب وإتلاف المال، وإنما يفارقه في حق التصرفات المختصة بالملك، وإنما كان كذلك.

أما في إتلاف المال، فلما قلنا في فصل القتل، وأما في الغصب فلأنه وإن كان يقبل الفسخ بالرد على المالك إلا أنه ليس يتصرف في ملكه حتى يتوقف بتوقف ملكه، وإذا وجب ضمان الغصب وضمان إتلاف المال في ماله، وقد ثبت الغصب، والإتلاف بالمعاينة أو بالبينة، وفي يده كسب الإسلام وكسب الردة، فإنه يؤدى من أي المالين شاء ولا يترتب أحدهما على الآخر عندهم جميعاً، أما عند أبي يوسف ومحمد فظاهر؛ لأن الكسبان إن استويا في بدل الجناية عندهما، فيستويان في ضمان الغصب والإتلاف.

وأما على قول أبي حنيفة فكذلك، فقد فرق أبو حنيفة رحمه الله بين بدل الجناية، وبين ضمان الغصب والإتلاف وما وجب بدل الجناية في كسب الإسلام أولاً، فإن فضل منه شيء أوجبه في كسب الردة، وأوجب بدل الغصب وإتلاف المال في الكسبين من غير أن يرقب كسب الردة على كسب الإسلام.

والفرق: أن الأصل في موجب الجناية أن يكون في أبعد المالين عن الجاني، وأبعد المالين عن المرتد كسب الإسلام، أما ليس الأصل في ضمان المال إلحاقه في أبعد المالين عن الغاصب والمتلف، وضمان الغصب ضمان مال على ما عرف، فلهذا استوى الكسبان فيه.

هذا إذا ثبت الغصب وإتلاف المال بالمعاينة، أما إذا ثبت بإقرار المرتد، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستوفي ذلك من الكسبين، وعند أبي حنيفة يستوفي ذلك من كسب الردة هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله، هذا إذا كان الجاني هو المرتد.

فأما إذا جني على المرتد بأن قطعت يده، أو رجله بعد الردة عمداً؛ ذكر محمد رحمه الله في «الأصل»: أن الجاني لا يضمن سواء مات المرتد من ذلك القطع على الردة، أو مات مسلماً، أما إذا مات على الردة، فلأن الجناية والسراية حصلتا في حال لا قيمة لنفسه؛ لأن بالردة سقطت قيمة نفسه؛ لأنه صار كافراً حربياً، وأما إذا أسلم ومات مسلماً فكذلك، وإن حصلت السراية في حال ما صارت نفسه متقومة؛ إلا أن السراية تبع للجناية؛ لأنها متولدة من الجناية، والجناية حصلت في حال لا تقوم لنفسه، فلم تصر الجناية مضمونة، فكيف تصير السراية مضمونة [٧٣ب/ ٢] هذا إذا قطعت يده وهو مرتد،

فأما إذا قطعت يده وهو مسلم، والقاطع مسلم أيضاً قطع يده عمداً أو خطأً، ثم ارتد المقطوعة يده، ومات من ذلك القطع على الردة، فإن على الجاني دية اليد؛ خطأً كان القطع أو عمداً، ولا يضمن ضمان النفس، أما لا يضمن ضمان النفس؛ لأن النفس إنما تلفت حال سقوط قيمتها، ألا ترى أنه لو قتله ابتداءً بعد الردة لا يضمن النفس، فكذا لا يضمن السراية، وأما تضمين دية اليد؛ لأن قطع اليد حصل في حالة التقوم، وهي حالة الإسلام، ثم أوجب الدية في اليد عمداً كان أو خطأً، ولم يوجب القصاص؛ لأن الردة لو وجدت واليد قائمة أفادت حقيقة الإباحة في اليد، فإذا كانت اليد . . . .[1] والحكم باقٍ لم يستوفِ بعد تورث شبهة الإباحة في درء ما يندرء بالشبهات، والقصاص يندرىء بالشبهة.

أما المال يجب مع الشبهة، ثم إن كان القطع عمداً تجب الدية في مال القاطع، وإن كان خطأً تجب الدية على عاقلته، هذا إذا مات على الردة من ذلك القطع، فأما إذا أسلم، ومات مسلماً قبل قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب، فالقياس أن لا يضمن إلا دية اليد عمداً كان أو خطأً، وبه أخذ زفر.

وفي الاستحسان تجب دية النفس عمداً كان أو خطأً؛ إلا أنه إن كان خطأً تجب على العاقلة، وإن كان عمداً تجب في ماله، ولا يجب القصاص في العمد، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله.

وإن قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب، ثم عاد مسلماً أو مات؛ فعن أبي يوسف فيه روايتان؛ في رواية: يضمن دية النفس، وفي رواية: لا يضمن إلا دية اليد.

وجه القياس في ذلك: أن بالردة أبرأه عن ضمان السراية من حيث المعنى؛ لأن ضمان السراية لا يجب إلا بالتقوم، وبالردة أسقط قيمة نفسه، فهو معنى قولنا أبرأه عن ذلك أيضاً، أليس أنه يسقط؟ فكذا إذا أبرأه عنه معنى.

وجه الاستحسان: أن التقوم قد وجد حالة الجناية، وحالة السراية، وهو المعول عليه في الباب.

بيانه: أن حالة الجناية حال انعقاد السبب، وحالة الموت حال ثبوت الحكم، فلابد من اعتبار التقوم في هاتين الحالتين، أما فيما بين ذلك ليس حال انعقاد السبب، ولا حال لثبوت الحكم، فلا يشترط التقوم، هذا كما قال أصحابنا رحمهم الله في باب اليمين: إن قيام الملك يشترط حال انعقاد اليمين، وحال ثبوت الحكم، ولا يشترط فيما بين ذلك، كذا ههنا.

وليس كما لو قضى القاضي بلحوقه بدار الحرب، ثم عاد مسلماً، ومات من ذلك القطع حيث لا يضمن دية النفس على إحدى الروايتين؛ لأن القاضي هنا قضى بلحوقه بدار الحرب، فقد جعله ميتاً حكماً بسبب، فيعتبر بما لو مات حقيقة بسبب آخر وراء القتل

(١) بياض بالأصل.

بأن قتله إنسان، وهناك لا يبقى القطع الأول موجباً للضمان، فكذا إذا صار ميتاً حكماً بسبب آخر، ولا كذلك قبل قضاء القاضي بلحوقه دار الحرب، هذا الذي ذكرنا إذا ارتد المقطوعة يده.

فأما إذا ارتد القاطع، والمقطوعة يده بقي على الإسلام، وقتل القاطع بسبب الردة، ثم مات المقطوعة يده، ذكر في «الأصل»: أنه إن كان القتل عمداً، فلا شيء له؛ لأن من عليه القصاص قد هلك، وبهلاك من عليه القصاص يسقط القصاص، ولا يجب شيء آخر، وإن كان خطأً؛ فإن برىء فعلى عاقلته ضمان اليد، وإن مات فعلى عاقلته دية النفس.

نوع آخر
من المتفرقات من هذا الفصل

قال رجل ارتد عن الإسلام، ولحق بدار الحرب بمال، ثم ظهرنا على ذلك المال فهو فيء، ولا سبيل لورثته عليه، وإنما لا يكون لورثته عليه سبيل؛ لأن حق الورثة إنما يثبت في مال المرتد بعد اللحوق بدار الحرب؛ لا قبل اللحوق بدار الحرب، وتعذر إثبات الحق لهم بعد اللحوق بدار الحرب فلا يثبت، وإنما كان فيئاً؛ لأنه مال حربي؛ لأنه باللحوق بدار الحرب صار حربياً ناقضاً سبب عصمة نفسه وماله، وهو الإحراز بدار الإسلام، فتنتقض عصمة نفسه وماله، فيكون فيئاً، وإن كان حين ارتد لحق بدار الحرب، وترك أمواله في دار الإسلام، ثم خرج إلى دار الإسلام، وأخذ ماله وأدخله دار الحرب، ثم ظهرنا على ذلك المال، فإنه يرد على ورثته؛ لأنه صار ملكاً لهم حين لحق المرتد بدار الحرب.

فإذا خرج المرتد بعد ذلك، فإنما أخذ ملك الورثة، وصار هو نظير حربي أخذ مال مسلم، وأحرزه بدار الحرب، ثم ظهرنا عليه، فإنه يرد على المأخوذ منه، فهنا كذلك، وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا قسم القاضي ماله بين ورثته بعدما لحق بدار الحرب على قول بعض المشايخ، أو قضى بلحوقه دار الحرب على قول عامة المشايخ، فأما إذا لم يقض بذلك فلا سبيل لورثته عليه؛ لأن بمجرد لحوقه بدار الحرب لا يصير المال مملوكاً للورثة، وذكر في بعض روايات «سير الصغير»: أنه يرد على ورثته.

ووجه ذلك: أن [٧٤أ/ ٢] قضاء القاضي إنما يشترط بترجح جانب عدم الرجوع إلى دار الإسلام، فيتقرر موته، وإذا خرج إلى دار الإسلام مغيراً حيث أخذ ماله ورجع، علمنا أنه لا يريد العود إلى دار الإسلام، فيتقرر موته من وقت لحوقه بدار الحرب، فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت، فالمرتد إنما أخذ مال الورثة، فلهذا يرد عليهم.

المرتدة إذا لحقت بدار الحرب، فلزوجها أن يتزوج بأختها، أو أربع سواها قبل أن تنقضي عدة هذه؛ لأنها لما لحقت بدار الحرب سقطت عنها العدة؛ لأنها صارت ميتة حكماً، فتسقط العدة كما لو ماتت حقيقة، وإذا سقطت العدة تزوج بأختها، وهي ليست في نكاحه ولا في عدته، أو تزوج أربعاً سواها، وهي ليست في نكاحه، ولو ولدت ولداً بعدما لحقت بدار الحرب ينظر؛ إن ولدت لأقل من ستة أشهر من حين اللحاق؛ لم يصر

الولد فيئاً، وإن ولدته لستة أشهر فصاعداً من حين لحقت صار الولد فيئاً، وإنما كان كذلك؛ لأن لحوقها بدار الحرب مما يسقط العدة، فصار بمنزلة الإقرار بانقضاء العدة، فمتى ولدت لأقل من ستة أشهر يكون ثابت النسب من الزوج فيكون مسلماً بإسلام والده فلا يكون فيئاً، ومتى ولدت لستة أشهر فصاعداً ـ هذا بعد اللحوق ـ فإنه لا يثبت نسبه من الزوج، فيكون كافراً تبعاً لأمه، فيسبى كالأم هذا إذا سبيت بعدما ولدت، فأما إذا سبيت قبل الولادة، سواء جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت اللحوق، أو لستة أشهر يصير فيئاً تبعاً للأم، وإن حكم بإسلام الولد متى جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت اللحوق، كما في الكافرة الأصلية إذا سبيت وفي بطنها ولد مسلم، فإنه يصير فيئاً عندنا تبعاً لأمه، فكذلك هذا، والله أعلم.

في المتفرقات

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: وإذا قال الإمام لقوم: من أصاب منكم جواري فهي له، فأصاب رجل منهم جارية كانت له، لا سبيل لأحد عليها، فلو استبرأها بحيضة في دار الحرب؛ فلا بأس بأن يطأها عند محمد، وكره أبو حنيفة ذلك، وأراد بهذه الكراهة كراهة التحريم لا كراهة التنزيه، وذكر محمد رحمه هذه المسألة في «السير الصغير»، وذكر الكراهة مطلقاً من غير ذكر خلاف، وإنما ذكر الخلاف ههنا، فمن مشايخنا من قال: ما ذكر في «السير الصغير» قول أبي حنيفة، ومنهم من قال: ما ذكر ثمة قول أبي حنيفة ومحمد، وقول محمد في الابتداء كان كقول أبي حنيفة، ثم رجع إلى هذا القول الذي ذكره ههنا.

وعلى هذا الاختلاف إذا رأى الإمام قسمة الغنائم في دار الحرب، وقسم حتى نفدت القسمة، فأصاب رجل منهم جارية واستبرأها بحيضه في دار الحرب، وكذلك على هذا الخلاف؛ إذا رأى الإمام بيع الغنائم في دار الحرب، فاشترى رجل من الغنيمة جارية، واستبرأها بحيضه في دار الحرب، وأجمعوا على من دخل دار الحرب متلصصاً وأخذ جارية، واستبرأها بحيضه في دار الحرب، أنه لا يحل له وطؤها؛ حتى يخرجها إلى دار الإسلام، ويستبرئها بحيضه.

فوجه قول محمد رحمه الله: أن الملك قديم بالتنفل والبيع والقسمة، ولهذا لو لحقهم المدد لا يشاركونهم، وإذا مات يورث منه، وإذا تم الملك ثبت حل الوطء إذا استبرأها بحيضه؛ كما لو أخرجها إلى دار الإسلام، فإنه يحل له وطؤها إذا استبرأها بحيضه؛ بخلاف المتلصص؛ لأن الملك لم يتم له لانعدام التمليك من جهة الإمام، ولهذا شاركه المدد، ولا يورث منه، ولأبي حنيفة رحمه الله وجهان:

أحدهما: أنه لو حل له وطؤها في دار الحرب ربما تحبل بهذا الوطء، ثم يظفر بهم العدو فتسبى فيأخذونها من أيديهم، فيبقى له نسل في دار الحرب، فيتخلّق بأخلاقهم، وينشأ على طغيانهم، أو تسترق بعد ذلك مع ما في بطنها، فتصير مملوكة مع ما في بطنها، فيكون في هذا تعريض جزئه على الرق، ولكن هذا المعنى يوجب كراهة التنزيه لا

كراهة التحريم، والصحيح أن يقال بأن الملك في هذه المواضع قاصر بدليل الحقيقة والحكم.

أما الحقيقة؛ فلأن تمام الملك بالقدرة على الادخار مطلقاً، وذلك ليس بثابت في دار الحرب بتوهم الاستنفاذ من جهة أهل الحرب على ما عرف في موضعه.

وأما الحكم فما ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير»: أن المنفل له الجارية، أو المشتري من الإمام؛ إذا وهب هذه الجارية من رجل، وأخرجها الموهوب له إلى دار الإسلام، فأراد الواهب أن يرجع فيها؛ ليس له ذلك؛ لحصول زيادة الملك فيها، وهو بمنزلة الزيادة في بدنها، فثبت أن الملك قاصر في هذه المواضع، والملك القاصر يكفي للضمان، والإرث، وقطع شركة المدد، أما لا يكفي لحل الوطء، ذكر هذه المسائل في آخر «السير الكبير»، وذكر الخلاف في [٧٤ب/ ٢] مسألة التنفيل لا غير، ذكر القاضي الإمام علي السغدي في شرح «السير الكبير» ذهب بعض الناس إلى أن أبا حنيفة رحمه الله ما كره الوطء لقصور الملك؛ بل مخافة النسل في دار الحرب.

ومن الناس من يقول: لا خلاف بينهم إنه لا يحبلها في دار الحرب، وإنما اختلفوا أنه هل يحل له وطؤها مع العزل؟ قال محمد: يحل؛ لأن بالعزل يقع الأمن عن الإحبال، وقال أبو حنيفة: لا أمن عن الإحبال بالعزل، فيكره الوطء مع العزل، ومنهم من قال: إنما كره أبو حنيفة الوطء لقصور في الملك، فإن أخرجها إلى دار الإسلام في هذه المسائل الثلاثة، فعلى قول أبي حنيفة لما لم يجيز بالحيضة التي كانت في دار الحرب يشترط حيضة أخرى في دار الإسلام، لحل الوطء وعلى قول محمد لما اكتفى بتلك الحيضة لا يحتاج إلى حيضة أخرى في دار الإسلام، وفي حق المتلصص يشترط حيضة أخرى لحل الوطء بالاتفاق؛ لأنه لم يجز بتلك الحيضة بالاتفاق.

وفي «المنتقى»: داود بن رشيد عن محمد أنه سئل عن رجل أسير بالروم؛ دفع إليه الرومي الذي كان معه سلاحاً ليقتله به؛ قال: نعم، قلت: فإن كان استودع الأسير وديعة، قال: فليأكل وليصنع بها ما شاء.

وإذا دخل الإمام دار الحرب، فلا بأس بأن يحرق حصونهم بالنار، وأن يخربها، ويغرقها بالماء، ولذلك لا بأس بقطع نخيلهم وأشجارهم.

والأصل في ذلك ما روي أن رسول الله عليه السلام لما أمر بقطع نخيل خيبر؛ قال عمر رضي الله عنه: إذاً نقطع نخيلك، ونخيل أصحابك، فأنزل الله تعالى قوله: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ﴾ [الحشر: ٥]، والمعنى في المسألة: أن تخريب الحصون، وقطع النخيل يغيظهم، ويكسر شوكتهم، ونحن أمرنا أن نفعل بهم ما يغيظهم، ويكسر شوكتهم، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ ٱلْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَّيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِۦ عَمَلٌ صَٰلِحٌ﴾ [التوبة: ١٢٠] كان القياس أن يباح قتل النساء والذراري، لكن عرفنا حرمته بالنص، ولا نص في تخريب الحصون، وقطع الأشجار، فيحكم بالإباحة.

وفي «العيون»: لا بأس بجعل الأجراس على الخيل مع التجافيف ـ جمع تجفاف وفارسيته بركستوان ـ؛ لأن فيه منفعة، وهي ترهيب العدو، ولم يرد النهي فيه، وإن جعل الأجراس في عنق الإبل أو الحمار الذي يحمل عليه الأثقال، لا أحب ذلك لمكان النهي، قال الفقيه أبو الليث ـ رحمه الله ـ: إنما ورد النهي في الأجراس، أما إذا علق في أعناق الإبل الذي يسمى الدراي، فلا بأس به، يريد به نوعاً لا يسمى جرساً.

ثم اختلف أهل العقل: أن النبي عليه السلام لأي معنى كره الجرس؟ فمنهم من قال: لأن الشيطان يستأنس ويتلهى بصوته؛ كما يستأنس ويتلهى بصوت المزامير، فهذا القائل يقول بكراهة تعليق الجرس على الدواب في الأسفار كلها؛ الغزو وغيره في ذلك سواء، ويقول بكراهيته في الحضر، كما يقول بكراهته في السفر، ويقول أيضاً بكراهية اتخاذ الخلاخل في رجل الصغير.

قال محمد رحمه الله: إنما كره اتخاذ الجرس للغزاة في دار الحرب، وهو المذهب عند علمائنا رحمهم الله؛ أن تعليق الجرس على الدواب إنما يكره في دار الحرب، وإنما كره ذلك؛ لأن العدو يشعر بمكان المسلمين، فإن كان بالمسلمين قلة يتبادر إليهم فيقتلوهم، وإن كان بالمسلمين كثرة، فالكفار يتحرزون عنهم ويتحصنون ويستعدون زيادة استعداد، فعلى هذا قالوا: إذا كان الركب يسيرون في المفازة في دار الإسلام، ويخافون من اللصوص يكره تعليق الجرس على الدواب أيضاً حتى لا يشعر بهم اللصوص، فلا يستعدون لقتلهم، وأخذ أموالهم، والذي ذكرنا من الجواب في الجرس فهو الجواب في الخلاخل.

قال محمد رحمه الله في «الكتاب» بعد هذا: فأما إذا كان في دار الإسلام فيه منفعة لصاحب الراحلة، فلا بأس به، وفي الجرس منافع جمة.

منها: أنه إذا ضل واحد أو أكثر من القافلة يلتحق بصوت الجرس بالقافلة.

ومنها: أن صوت الجرس يبعد هوام الليل عن القافلة؛ كالذئب وغيره.

ومنها: أن بصوت الجرس يعلم من في الطريق بوصول القافلة، فيتنحى عن الطريق حتى لا تصدمه الدابة.

ومنها: أن صوت الجرس يزيد في نشاط الدواب فيبعد خورها حتى روي أن رسول الله عليه السلام «كان يسير في الليل والحادي يحدو بين يديه».

وفي «المنتقى»: وإذا غنم الجيش الغنيمة وفيها السبي من الذراري والمقاتلة فأعتقهم الإمام؛ لم يجز عتقه فيهم إلا أن يفعل في ذلك ما فعل عمر رضي الله عنه بأهل السواد، فيتركهم في أرضهم يعمرونها، ويؤدون [١٧٥أ/ ٢] الخراج عنها فيجوز، وكذلك لو أعتقهم على أن جاء بهم، فوضعهم في أرض من أراضي المسلمين يعمرونها، ويؤدون الخراج عنها فهو جائز، وإن أعتقهم على غير هذا الوجه لا يجوز، وكذلك لو أعتق رجلاً يعني الإمام أعتق رجلاً من الغنيمة بعد القسمة لم يجز.

وفيه أيضاً: وما أصاب أهل الحرب فصار في أيديهم لا يصير ملكاً لهم قبل

الإحراز بدارهم، وإن كانوا ممتنعين في ذلك الموضع، وحكمهم هو الظاهر، فإن اقتسموا ما أصابوا بينهم في ذلك الموضع لا يصير ملكاً لهم، قال في «الكتاب»: وليس اقتسامهم ما غنموا من المسلمين في دار الإسلام، كاقتسام أهل الإسلام ما غنموا من أهل الحرب في دارهم.

وفيه أيضاً: ولو أن رجلاً من الجند كان طليعة، أودبر بأنا قسمت لهم يعني أعطيت الغنيمة الجند، ولم أعطِ للطليعة شيئاً أوهمت ذلك، قال: عوضتهم من بيت المال، وإن كان رجلاً أرسله الوالي إلى دار الإسلام، ثم قسمت الغنيمة، فليس له قسمة، وإن كان أسيراً في دار الحرب، وقد شهد الغنيمة، ثم خرج إلينا بعد القسمة لم يكن له شيء، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقد ذكرنا قبل هذا: أنه إذا أرسله لأمر من أمور المسلمين أنه يسهم له.

وفي كتاب الوقف من «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: قوم غزاة من الصلحاء يريدون الخروج إلى الغزو، ومعهم قوم آخرون من أهل الفساد يخرجون ومعهم أمير، فإن أمكن للصلحاء أن يخرجوا من غير صحبتهم لا يخرجون معهم؛ لأنه أمكنهم إقامة الحق من غير مجاورة باطل، وإن لم يمكنهم يخرجون معهم، وعلى المفسدين الإثم، وللصالحين الأجر؛ لأن الحق لا يترك بمجاورة الباطل، كما لا تترك صلاة الجنازة لأجل التوجه.

وفي «الواقعات» للناطفي: وليس للمسلم أن يمنع امرأته الذمية من شرب الخمر، وله أن يمنعها من إدخال الخمر في بيته، ولا يجبرها على الغسل من الجنابة؛ لأنه ليس بواجب عليها. وإذا أظهر الذمي بيع الخمر والخنزير في دار الإسلام يمنع، فإن أراق خمره مسلم، أو قتل خنزيره يضمن إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فلا يضمن؛ لأنه مختلف فيه. ولو أن مسلماً له خمر فسرق رجل زقه، وأهراق الخمر على سبيل الحسبة لا يضمن الخمر؛ لأنها ليست بمال متقوم، ويضمن الزق؛ لأنه متقوم، فيضمن إلا أن يفعل ذلك إمام يرى ذلك، فلا شيء عليه؛ لأنه مختلف فيه.

ولو أراد الأسير في دار الحرب أن يتزوج، فإن كان هناك امرأة مسلمة أو ذمية أسيرة؛ لا بأس بها خشي العنت أو لم يخشَ وإن لم يكن، وأراد أن يتزوج امرأة منهم، وكانوا من أهل الكتاب؛ إن لم يخشَ العنت يكره، وإن خشي العنت لا يكره؛ لأن ما يخاف ههنا أعظم مما ورد النهي لأجله، وإن أسروا أمة لمسلم يكره له أن يتزوجها؛ لأن ولده يصير عبداً لهم، وإن كانت مدبرة لمسلم، فكتب إلى مولاها، فأذن له جاز؛ لأن ما ورد النهي لأجله معدوم، وإن دخل مولاها بأمان جاز أن يطأ مدبرته إن لم يكن وطئها الحربي؛ لأنها ملكه.

وفي «واقعات الناطفي»: ويكره حمل رؤوس الكفار إلى دار الإسلام، فقد روى عقبة بن عامر الجهني: أن أبا بكر رضي الله عنه أنكر ذلك، وقال: إنما يكفي الكتاب والحبر، وقد صح عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه حمل رأس أبي جهل إلى رسول الله عليه السلام، ولم ينكر عليه رسول الله عليه السلام، ومحمد بن مسلمة قتل كعب بن

الأشرف، وجاء برأسه إلى رسول الله عليه السلام، ولم ينكر عليه رسول الله عليه السلام، فلابد من التوفيق بين الأخبار، فيحمل حديث أبي بكر على ما إذا لم يكن في حمل الرأس فائدة، وحمل رأس الكافر إذا لم يكن فيه فائدة، بأن أمر الإمام مسلماً بقتل كافر بعينه، ولو لم يأتِ برأسه ربما يتهم أنه لم يقتله، أو يكون في حمل رأسه بشارة عظيمة للمسلمين، وغيظاً للمشركين بأن كان المقتول من عظماء المبارزين، أو من أمراء المشركين، ومتى كانت الحالة هذه لا بأس بحمل الرأس؛ لأن حمل النجاسة لفائدة لا بأس به.

وفي «نوادر داود بن رشيد» قال: سئل محمد رحمه الله عن صاحب الجيش في بلاد العدو، يستأجر قوماً يحرسون العسكر، قال: إن استأجرهم على حفظ السبي أو الدواب أو المتاع فهو جائز، وإن استأجرهم على أن يحفظوا ظهور المقاتلة، فليس في هذا أجر، إلا أن يستأجر أهل الذمة، فيكون لهم الأجر.

وفي «الجامع الصغير»: إذا استأجر أمير العسكر قوماً مشاهدة ليسوقوا الغنم والأرماك حيث ما يدور، ولم يتبين المكان جاز، وله أن يزيدهم غنماً بعد غنم، وأرماكاً بعد أرماك، قدر ما يتحملون؛ لأنهم أخير وأحذق.

ولو قال أمير العسكر لمسلم أو ذمي: إن قتلت ذلك الفارس، فلك مائة درهم فقتله، لا شيء عليه. ولو كانوا قتلى؛ فقال الأمير: من قطع رؤوسهم، فله أحد عشر درهماً جاز؛ لأن أجر القتل جهاد، ولا يجوز الاستئجار على الجهاد، وقطع الرأس ليس بجهاد، فيجوز الاستئجار عليه.

وفي «السير الكبير»: [٧٥ب/ ٢] إذا قال أمير العسكر لمسلم: إن قتلت هذا الفارس فلك سلبه، فذلك جائز، وإذا قتله استحق سلبه، ولا فرق بين قوله: إن قتلت هذا الفارس فلك سلبه، وبين قوله: إن قتلت هذا الفارس، فلك مائة درهم.

وفيه أيضاً: لو استأجر أمير العسكر أجيراً للعسكر بأكثر من أجر المثل بحيث لا يتغابن الناس فيه، فعمل الأجير، وانقضت المدة، فالزيادة باطلة؛ لأن الأمير مأمور بالعمل بشرط الأفضل، وذلك يوجب تقييد الأمر بأجر المثل، وصار كالقاضي إذا استأجر أجيراً لليتيم بأكثر من أجر المثل، وعمل الأجير؛ كانت الزيادة باطلة، ولو قال أمير العسكر أو القاضي: استأجرته، وأعلم أنه لا ينبغي، فالأجر كله على القاضي في ماله؛ لأن القاضي تعمد الجور، والقاضي إذا تعمد الجور كان الغرم عليه في ماله؛ بخلاف ما إذا أخطأ فإن ذلك يكون على المقضي له.

وإذا قسم الإمام الغنيمة، ودفع أربعة الأخماس إلى الغانمين، وهلك الخمس في يده سلم للغانمين ما قبضوا، وكذلك إذا دفع الخمس إلى الفقراء، و هلك أربعة الأخماس في يده؛ سلم للفقراء ما قبضوا؛ لأن قسمة الإمام قد صحت، وتمت بالتسليم إلى صاحبها قال: ألا ترى أن القاضي لو عزل الثلث للموصى له، والثلثان للورثة، ولم يعطِ أحداً حقه حتى هلك المال جملة؛ كان الهلاك على الكل، ولو أعطى الموصى له

الثلث، أو الورثة الثلثين، وهلك الباقي؛ كان الهلاك على صاحبه خاصة كذا ههنا.

وإذا كتب الوالي إلى أمير العسكر: إنَّا ولينا فلاناً، فأمير العسكر أمير على حاله لا ينعزل ما لم يعزله أو يلحق به الثاني، وجاز فعله قبل حضور الثاني. فرق بين هذا وبينما إذا كتب الوالي إلى أمير العسكر: إنا قد عزلناك حيث يصير معزولاً حين وصل الكتاب إليه.

والفرق: أن في الفصل الأول؛ لو انعزل الأول إنما ينعزل ضرورة صيرورة الثاني أميراً لا بصريح العزل، فإنه لم يصرح بعزله، وإنما يصير الثاني أميراً إذا لحق بالعسكر، وإنما يصير الأول معزولاً أيضاً إذا لحق الثاني بالعسكر.

فأما في الفصل الثاني صرح بعزل الأول، فيصير معزولاً عندما يصل إليه الكتاب؛ ألا ترى أن الإمام لو كتب إلى أمير مصر؛ إنا قد ولينا فلاناً جاز للأول أن يصلي بهم إذا وصل إليه الكتاب؛ سواء وصل الثاني أو لم يصل.

ذكر في «النوازل»: أن الرباط الذي جاء الأثر في فضله أن يكون في موضع لا يكون وراءه إسلام؛ لأنه لو كان مرابطاً فيما دونه، فكل المسلمين يكونون مرابطين في بلادهم، وقال بعضهم: إذا أغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطاً إلى أربعين سنة، وإذا أغار مرتين يكون رباطاً إلى مائة وعشرين سنة، وإذا أغار ثلاث مرات يكون رباطاً إلى يوم القيمة.

وفيه أيضاً: امرأة سبيت بالمشرق، وجب على أهل المغرب أن يستنقذوها ما لم تدخل دار الحرب، هكذا روى خلف بن أيوب عن محمد نصاً ذكره في كتاب «الغصب»، وأشار إلى المعنى فقال: ؛ لأن دار الإسلام كمكان واحد، وقد ذكرنا شيئاً من هذا في صدر الكتاب.

وفي كراهية «فتاوى أهل سمرقند»: الصغير الذي وقع من قبل أهل الروم على كل من سمع، وله الزاد والراحلة، ولا يجوز التخلف إلا بعذر بين؛ لأن الجهاد بعد النفير يصير فرض عين، وقد ذكرنا في صدر الكتاب شيئاً من هذا، والاعتماد على ما ذكرنا ثمة.

وفيه أيضاً: رجل هرب من العدو، واختفى في موضع، فأصابه العدو، وسأله عن أصحابه؛ لا ينبغي له أن يعلم مكان أصحابه وإن قتل؛ لأن المكره على القتل لا يرخص له القتل.

وفي «فتاوى الفضلي»: أهل الحرب إذا أسروا أهل الذمة من بلاد المسلمين لا يملكونهم؛ لأنهم أحرار.

وفي «العيون»: قوم من أهل الحرب خرجوا إلى دار الإسلام وأخذوا، فقالوا: كنا أسلمنا في دار الحرب، كانوا فيئاً للمسلمين في قول أبي حنيفة؛ لأنه لو ثبت ذلك كانوا فيئاً للمسلمين في قوله، فإذا لم يثبت أولى.

وفي «العيون»: أهل الشرك إذا استولوا على أهل الحرب من أهل الكتاب، فسبوا

سبايا صغاراً بغير آبائهم، فالصبيان على دين أهل الكتاب بمنزلة عبيد المسلمين إذا سبوا لا يتحولون إلى الشرك بالسبي.

وإذا سبى المسلمون صبيان أهل الحرب، وهم بعد في دار الحرب، فدخل آباؤهم دار الإسلام وأسلموا، فأبناؤهم صاروا مسلمين بإسلام آبائهم، وإن لم يخرجوا إلى دار الإسلام ذمياً، ثم سبى ابنه لا يصير الابن مسلماً بالدار؛ لأن التبعية بالأب [٧٦أ/ ٢] باقية، فصار كالذي سبي معه، ومن دخل دار الحرب بأمان وسرق صبياً، وأخرجه إلى دار الإسلام، فالصبي مسلم؛ لأنه ملكه بعدما أدخله دار الإسلام، ولو اشترى هناك صبياً، وأخرجه إلى دار الإسلام، فهو على دينه؛ لأنه قد ملكه قبل أن يدخله دار الإسلام. ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان وله عبد صغير، فأسلم هو، فالعبد كافر ما لم يسلم، وكذلك إن لم يسلم المولى، ولكن باعه من مسلم؛ لأنه كان كافراً في دار الحرب، ولم يوجد منه سبب الإسلام.

وفي «النوازل»: رجل أسره العدو، فباعه الذي أسره من رجل آخر من العدو، فقال المشتري للأسير ارجع إلى أرض المسلم، ووجه إليّ المال الذي أديته منك، فخرج الرجل إلى دار الإسلام لا تجب عليه الدراهم؛ لأنه لم يصر ملكاً للثاني، قال: إلا إذا أمره المأسور أن يشتريه من الأول ليبعث إليه ثمنه الآن ينبغي أن يفي به، فإن أسره عدو آخر لا يبطل عنه ذلك.

وفي «العيون»: الأسير إذا أمر رجلاً أن يفديه من أهل الحرب بألف درهم، ففداه بألفين يرجع عليه بألف.

فرق بين هذا وبين الوكيل بالشراء بألف إذا اشترى بألفين، والفرق: أنه ليس ههنا عقد إنما أمره بأن يخلصه، فصار كمن أمر رجلاً بأن ينفق عليه ألفاً، فأنفق عليه ألفين، ولو كان الأسير مكاتباً، فأمر رجلاً ففداه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وإن كان الفداء المأمور به أكثر من قيمته فاحشاً. ولو كان الأسير عبداً مأذوناً لا يجوز على مولاه، ويلزمه إذا عتق.

ولو وكل المأسور رجلاً بأن يفديه، فقال الوكيل لرجل اشتره لي جاز، وكذا لو قال: اشتره بمالي؛ لأن في هذين الوجهين صار كأن الوكيل هو الذي اشتراه، وكان له أن يرجع عليه، ولو قال له الوكيل: اشتره، ولم يقل: لي، ولا قال: بمالي، ففعل الوكيل الثاني؛ صار متطوعاً، ولا يرجع على أحد، وكذا لو كان أجنبياً أمر رجلاً بأن يشتري أسيراً في دار الحرب، فإن قال: اشتره لي، أو قال: بمالي، فاشترى رجع على الآمر، وإن لم يقل: لي، ولا قال: بمالي، لا يرجع إلا أن يكون خليطاً؛ لأنه حينئذٍ يكون الأمر بالشراء له، وبه ختم، والله أعلم بالصواب.

تم كتاب السير بحمد الله تعالى، وحسن توفيقه والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله وصحبه الطيبين الطاهرين أجمعين. [٧٦ب/ ٢]

كتاب الاستحسان والكراهية

هذا الكتاب يشتمل على اثنين وثلاثين فصلاً:

١ ـ في العمل بخبر الواحد

٢ ـ في العمل بغالب الرأي

٣ ـ في الرجل رأى رجلاً يقتل أباه، وما يتصل به

٤ ـ في الصلاة، والتسبيح، وقراءة القرآن، والذكر، والدعاء ورفع الصوت عند قراءة القرآن والذكر والدعاء

٥ ـ في المسجد والقبلة والمصحف وما كتب فيه شيء من القرآن، نحو الدراهم والقرطاس، أو كتب فيه ذكر الله تعالى

٦ ـ في سجدة الشكر

٧ ـ في المسابقة

٨ ـ في السلام، وتشميت العاطس

٩ ـ فيما يحل للرجل النظر إليه، وما لا يحل، وما يحل له مسه، وما لا يحل

١٠ ـ في اللبس؛ ما يكره من ذلك، وما لا يكره

١١ ـ في استعمال الذهب والفضة

١٢ ـ في الكراهية في الأكل

١٣ ـ في الهبة، ونثر الدراهم، والسكر، وما رماه صاحبه

١٤ ـ في الكسب

١٥ ـ في نقل الميت

١٦ ـ في معاملة أهل الذمة

١٧ ـ في الهدايا والضيافات

١٨ ـ في الغناء، واللهو، وسائر المعاصي، والأمر بالمعروف

١٩ ـ في التداوي والمعالجات، وفيه العزل، وإسقاط الولد
٢٠ ـ في الختان والخصاء وقلم الأظافير، وقص الشوارب، وحلق المرأة شعرها، ووصلها شعر غيرها بشعرها.
٢١ ـ في الزينة، واتخاذ الخادم للخدمة
٢٢ ـ في قتل المسلم والده المشرك، ومن بمعناه، وقتله سائر محارمه.
٢٣ ـ فيما يسع من الجراحات في بني آدم والحيوانات، وقتل الحيوانات، وما لا يسع من ذلك.
٢٤ ـ في تسمية الأولاد وكناهم
٢٥ ـ في الغيبة والحسد
٢٦ ـ في دخول النساء الحمام، وفي ركوبهن على السروج
٢٧ ـ في البيع، والاستيام على سوم الغير
٢٨ ـ في الرجل يخرج إلى السفر ويمنعه أبواه، أو أحدهما أو غيرهما من الأقارب أو يمنعه الدائن، والعبد يخرج ويمنعه المولى والمرأة
٢٩ ـ في القرض ما يكره من ذلك، وما لا يكره
٣٠ ـ في ملاقاة الملوك، والتواضع لهم، وتقبيل أيديهم، أو يد غيرهم، وتقبيل الرجل وجه غيره، وما يتصل بذلك.
٣١ ـ في الانتفاع بالأشياء المشتركة
٣٢ ـ في المتفرقات

الفصل الأول
في العمل بخبر الواحد

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في الإخبار عن أمر ديني؛ نحو الإخبار عن نجاسة الماء وطهارته، والإخبار عن حرمة المحل وإباحته وما يتصل بذلك، قال محمد رحمه الله: وإذا حضر المسافر الصلاة، فلم يجد ماءً إلا في إناء أخبره رجل أنه قذر، وهو عنده مسلم مرضي؛ لم يتوضأ به؛ لأنه أخبر بأمرٍ من أمور الدين، وهو حرمة استعمال الماء، ووجوب التيمم عليه.

وخبر الواحد حجة في أمور الدين إذا كان المخبر مسلماً عدلاً بالآثار والمعقول، أما الآثار فمن جملة ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ بعث دحية الكلبي إلى قيصر يدعوه إلى الإسلام، وعبد الله بن أنيس إلى كسرى، ومع كل واحد منهما كتاب، لو لم يكن خبر الواحد حجة لما اكتفى ببعث الواحد، وعن عمر رضي الله عنه أنه حين ورد ماء الحياض قال عمرو بن العاص: ارحل مراد ....[1] أخبرنا عن السباع أترد ماءكم، فقال عمر رضي الله عنه: لا تخبرنا عن شيء منهما ....[1]؛ لولا أن هذا ...[1] عده خبره خبراً وإلا ما نهاه عن ذلك.

وأما المعقول: وهو أنا لو لم نعمل بالخبر الواحد ....[1] أمور الدين الأخرىٰ الكذب احتجنا إلى أن نعمل باستصحاب الحال متى أخبر بنجاسته، أو بهلال رمضان، أو بالقياس متى روي خبر في أحكام تخالف القياس.

والعمل بالخبر الواحد إذا كان مسلماً عدلاً؛ أولى من العمل باستصحاب الحال والقياس، أما استصحاب الحال؛ فلأنه عمل بعدم الدليل، وخبر المسلم العدل حجة من حيث إن الصدق فيه رآه إن لم يكن حجة، من حيث إن احتمال الكذب باق، وأما القياس فلأن ما يدل على الخطأ منه في القياس راجح على ما يدل على الصواب؛ لأنه من الجائز أن يكون الحكم في الأصل معلولاً بعلة أخرى غير ما علله المعلل، ومن الجائز أن يكون مصيباً فيما علل، إلا أنه ورد النص بخلافه لكن لم يبلغه، فكان ذلك الخطأ راجحاً على دليل الصواب، وما يدل على الصدق في الخبر الواحد المسلم العدل راجح على ما يدل على الكذب؛ لأن دليل الكذب ثابت من وجه واحد، وهو أنه غير معصوم عن الكذب، ودليل الصدق ثابت من وجهين؛ أحدهما: عقله ودينه، والثاني: عدالته، فكان العمل

---

(١) بياض بالأصل.

بخبر الواحد أولى، وكذلك إذا كان المخبر عبداً أو أمة، أو امرأة حرة؛ لأن العمل بخبر الواحد إذا كان مسلماً عدلاً؛ إنما وجب لترجيح دليل الصدق على دليل الكذب؛ باعتبار عقله ودينه وعدالته، وهذا المعنى موجود في حق العبد والأمة والمرأة الحرة إذا كانوا عدولاً مسلمين، والدليل عليه أن كثيراً من العبيد رووا أخباراً عن النبي عليه السلام؛ كبلال وغيره رضي الله عنه، وكذلك أزواج النبي عليه السلام روين أخباراً عن النبي عليه السلام؛ حتى عدّت عائشة رضي الله عنها من كبار الصحابة رأياً ورواية، وإذا ثبت هذا في رواية الأخبار من النبي عليه السلام ثبت فيما يخبر من أمور الدين؛ هذا إذا كان المخبر عدلاً.

وإن كان المخبر غير ثقة، أو كان لا يدرى أنه ثقة أو غير ثقة، يريد أن المخبر إذا كان فاسقاً أو مستوراً نظر فيه؛ لأنه استوى دليل الصدق والكذب في حقه؛ لأن عقله ودينه إن كانا يدلان على الصدق ففسقه وكونه غير معصوم عن الكذب يدلان على الكذب، فلابد من الترجيح، وليس ههنا دليل على الترجيح سوى التحري، وأكثر الرأي، فإن كان أكثر رأيه أنه صادق تيمم، ولم يتوضأ بترجيح جانب الصدق على جانب الكذب بالتحري، وإن أراقه ثم تيمم بعد ذلك كان أحوط، ولم يذكر مثل هذا في الخبر الواحد إذا كان عدلاً؛ لأن هناك رجحان الصدق بالعدالة ثابت بدليل لا بمجرد الظن؛ لأن العدالة عبارة عن انزجاره عن المعاصي، وإنه دليل ظاهر في نفسه، فسقط اعتبار جري الكذب أصلاً، وأما ههنا رجحان الصدق بالتحري ثابت بمجرد الظن، فبقي شبهة اعتبار جري الكذب، فكان إراقة الماء حتى يصير عارٍ عن الماء الطاهر من كل وجه أحوط، وإن كان أكثر رأيه أنه كاذب توضأ به، ولم يلتفت إلى قوله، وأجزأه ذلك، ولا يتيمم عليه؛ لأنه أرجح جهة الكذب بالتحري، فلم تثبت نجاسته، فبقي الماء على الطهارة؛ هذا هو جواب الحكم.

فأما في . . . .[1] والاحتياط: فالأفضل له أن يتيمم بعد الوضوء؛ لأن جانب الكذب إنما ترجح بمجرد الظن، فلم يسقط اعتبار جري الصدق فلا يجب الجمع بينهما بالأخرى؛ لكن يندب إلى ذلك؛ كإراقة الماء في الفصل الأول؛ لا يجب جبراً بل يندب إليه.

ثم إن محمداً رحمه الله ألحق المستور بالفاسق، وهذا جواب ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما: أن المستور في هذا الحكم كالعدل، وهذا ظاهر على مذهبه، فإنه يجوز القضاء بشهادة المستورين إذا لم يطعن الخصم، وسيأتي هذا الفصل إن شاء الله تعالى، وهذا إذا كان المخبر مسلماً.

فإن كان المخبر بنجاسة الماء ذمياً لا تثبت نجاسة الماء بقوله؛ لأن المخبر لو كان مسلماً فاسقاً لا يثبت نجاسة الماء؛ لأنه فاسق فعلاً، فلأن لا تثبت النجاسة بقول الذمي، وإنه فاسق فعلاً واعتقاداً كان أولى.

---

(١) بياض بالأصل.

فرق بين الذمي وبين الفاسق من وجهين:

أحدهما: أن الفاسق أوجب التحري، وفي الذمي لا يوجب التحري، والفرق أن الفاسق استوى دليل الصدق، ودليل الكذب، فوجب الترجيح بالتحري، وفي حق الذمي ترجح جانب الكذب من غير تحر؛ لأن عقله ودينه الذي هو دليل الصدق في حق المسلم يحمله على الكذب في حق المسلم؛ لأنه يعتقده على دين باطل فيقصد الإضرار به بكل ما أمكنه، وإليه وقعت الإشارة، في قوله تعالى: ﴿لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا﴾ [آل عمران:١١٨] أي: إنما يقصدون في إفساد أموركم، فإذا ترجح جانب الكذب في حقه بدون التحري؛ لا يجب التحري؛ لأن التحري إنما يجب لترجيح أحد الدليلين على الآخر، ولكن يستحب التحري؛ لأن احتمال الصدق باق؛ لأن ترجح جانب الكذب في حق الذمي ما كان بدليل يوجب علم اليقين، فيبقى [٧٧أ/ ٢] احتمال الصدق، فلبقاء احتمال الصدق يستحب له التحري، ولترجيح جهة الكذب بنوع دليل لم يجب التحري، فإن تحرى ووقع في قلبه أنه صادق فيما يخبر لا يجب عليه التيمم؛ لأن هذا التحري يستحب وليس بواجب، فالعمل به يكون مستحباً لا واجباً، فإن تيمم لا يجزئه ما لم يرق الماء أولاً، بخلاف ما لو أخبره فاسق وتحرى، ووقع تحريه أنه صادق فيما أخبر من نجاسة الماء، فتيمم قبل إراقة الماء، فإنه يجزئه، وهو الفرق الثاني.

والوجه في ذلك: أن هذا التحري إذا كان مستحباً لا واجباً ثبتت النجاسة بهذا التحري في الاستحباب دون الحكم، فإذا لم تثبت النجاسة في حق الحكم كان الثابت في حق الحكم الطهارة، فإذا تيمم قبل الإراقة، فقد تيمم مع وجود الماء الطاهر في حق الحكم فلا يجوز، أما في حق الفاسق التحري واجب، فثبتت النجاسة بالتحري من حيث الحكم، فيصير الماء نجساً من حيث الحكم، ولكن احتمال الطهارة من وجه؛ لأن الصدق ترجح بمجرد الظن لا بدليل، فتستحب الإراقة ولا تجب.

والذي ذكرنا من الجواب في الذمي: إذا أخبر بنجاسة الماء؛ فهو الجواب في الصبي العاقل والمعتوه؛ لأن دليل الكذب فيها راجح على دليل الصدق؛ لأن الصبي ناقص العقل، والمعتوه كذلك، فيكون عقله دليلاً على الصدق من وجه دون وجه، ودينه كذلك؛ لأن الدين إنما يصير مانعاً بالعقل، وإذا كان عقلهما ودينهما دليلاً على الصدق من وجه دون وجه؛ كان دليلا الصدق والكذب في حقهما على السواء، وترجح جانب الكذب لكونه غير معصوم عن الكذب، فصار الجواب في حقهما كالجواب في حق الذمي من هذا الوجه.

رجل اشترى لحماً فلما قبضه أخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة المجوسي، لم ينبغ له أن يأكله؛ لأن المشهود به حرمة التناول، وإنه حق الله تعالى، وإثباتها لا يتضمن زوال الملك، فإن حرمة الانتفاع مع قيام الملك يجتمعان في الجملة، والمشهود به إذا كان بهذه الصفة يثبت بقول الواحد، فرق بين هذه المسألة وبين مسألتين:

إحداهما: رجل تزوج امرأة، فجاء مسلم ثقة أو امرأة، وأخبر أنهما ارتضعا من

امرأة واحدة، فأحبُّ إليَّ أن يتنزه عنها فيطلقها، ويعطيها نصف الصداق إن لم يكن دخل بها، وإن لم يفعل فذلك له واسع.

المسألة الثانية: رجل اشترى جارية، فأخبره مسلم ثقة أنها حرة الأصل، أو أنها أخت المشتري من الرضاعة، فإنه يتنزه عن وطئها، فذلك له أفضل، وإن لم يفعل، فذلك له واسع.

والفرق: أن في أبضاع الحرائر؛ لا يمكن إثبات الحرمة في المحل على سبيل التأبيد إلا بزوال الملك، والملك من حقوق العبد، فلا يثبت زواله إلا بما هو حجة في حق العباد، وهي شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، فأما فيما عدا أبضاع الحرائر يمكن إثبات حرمة الانتفاع مع قيام الملك في الجملة، فلم يكن ثبوت الحرمة متضمناً زوال الملك، فكان هذا إخباراً عن محض الحرمة، وإنها حق الله تعالى، فجاز أن يثبت بخبر الواحد.

قال في مسألة اللحم: ولا يرده على البائع؛ لأن في الرد على البائع إزالة ملك البائع عن الثمن؛ لأنه استوجب الثمن بالعقد قبل هذا الخبر، وقول الواحد ليس بحجة في إبطال ملك الغير.

فإن لم يبعه هذا الرجل، ولكن أذن له في التناول، وأخبره ثقة مسلم أنه ذبيحة مجوسي لم يحل أكله لما قلنا، فإن اشترى بعد ذلك كان على الحالة التي كان عليها قبل الشراء؛ لأن حرمة العين في حقه ثبتت بالخبر الواحد، والبيع لا أثر له في إزالة الحرمة الثابتة في العين، والميراث والوصية والهبة بمنزلة الشراء في الأكل والشرب والوطء وغير ذلك.

قال: ولو أن رجلاً اشترى طعاماً أو جارية أو ملك ذلك بميراث فجاء مسلم ثقة، وشهد أن هذا لفلان الفلاني؛ غصبه البائع أو الواهب أو الميت، فأحب إلينا أن يتنزه عن أكله ووطئها، وإن لم يتنزه كان في سعة.

فرق بين هذا وبينما إذا اشترى لحماً، فأخبره مسلم أنه ذبيحة المجوسي، فإنه يحرم أكلها، وكذلك لو أخبره مسلم ثقة أن هذا الماء نجس، فإنه يحرم استعماله، والفرق: أن في ذبيحة المجوسي، ونجاسة الماء المشهود به حرمة العين، وإنه من حق الله تعالى؛ لأن حق العبد حق لا يزول بإباحة العين، وقد أمكن إثباتها بدون إزالة الملك لما ذكرنا أنه قد يحرم الانتفاع بالعين مع بقاء الملك، فإن العصير إذا تخمر، والدهن إذا وقعت فيه النجاسة يحرم الانتفاع، ولا يزول العصير والدهن عن ملكه، ولما كان هكذا كان المشهود به حرمته هي خالص حق الله تعالى فجاز أن يثبت بالخبر الواحد، أما ههنا المشهود به حرمة ثبتت حقاً للمالك؛ لأن المشهود به كون ما في يد البائع مغصوباً، وشراء المغصوب حرام حقاً للمالك، وكان المشهود به حقاً من حقوق العباد، وشهادة الواحد في حقوق العباد اعتبر حجة في حق التنزه؛ لا في حق الحكم كما في مسألة الرضاع التي ذكرناها.

وكذلك طعام أو شراب في يدي رجل أذن لغيره في أكله أو شربه أو التوضؤ به، فأخبره مسلم ثقة أن هذا غصب في يديه من فلان، فأحب إلي أن يتنزه، فإن لم يتنزه وأكله أو شربه أو توضأ به، فهو في سعة من ذلك، وإن لم يجد وضوءاً غيره، وهو في سفر توضأ به، ولم يتيمم.

نوع آخر

في تعارض الخبرين في نجاسة الماء وطهارته، أو في حرمة العين وإباحته

رجل دخل على قوم من المسلمين يأكلون طعاماً، ويشربون شراباً، فدعوه إليه، فقال رجل مسلم ثقة قد عرفه: هذا اللحم ذبيحة المجوسي، أو قال: خالط لحم خنزير، وهذا الشراب خالط الخمر، وقال الذين يدعون إلى ذلك: ليس الأمر كما قال؛ بل هو حلال، وبينوا الوجه فيه قال: ينظر في حالهم، فإن كانوا عدولاً ثقات لم يلتفت إلى قول ذلك الرجل الواحد بمقابلة قولهم.

فرق بين الخبر وبين الشهادة، فإن المدعيين لعين واحد إذا أقام أحدهما شاهدين، وأقام الآخر جماعة، فإنه لا يترجح الجماعة على المثنى إذا استووا في العدالة، والفرق وهو أن الشهادة إن كانت إخباراً حقيقة فهي من الشاهد لو رجع يضمن، وبدليل أنه شرط لفظة الشهادة والعدد، وإنما شرط ذلك؛ لأنه لما جعل هذا إيجاباً حكماً كان هذا أمراً ثابتاً بخلاف الحقيقة، فوجب مراعاة جميع ما ورد الشرع من الشرائط، قلنا: وما يكون إيجاباً وإثباتاً حقيقة يستوي فيه المثنى والجماعة [٧٧ب/ ٢] فأما الإخبار بنجاسة الماء وطهارته، والإخبار عن الحل والحرمة؛ إخبار عن حقيقة ذلك، ولهذا لم يشترط لفظ الشهادة والعدد، والخبر إنما يترجح بزيادة عدد في المخبر؛ لأنهما كرجل في حد العيان، أو يقرب منه.

وإن كانوا متهمين، أخذ بقوله ولم يسعه أن يقرب شيئاً من ذلك الطعام والشراب، ولا تقوم زيادة العدد مقام العدالة.

فإن قيل: أليس أن الفاسقين إذا شهدا أن فلاناً طلق امرأته واحدة بائنة، أو أعتق أمته، فإن القاضي يحول بين المشهود عليه، وبين المرأة والعبد؛ كما لو شهد بذلك واحد عدل، وأقيم زيادة العدد مقام العدالة، قلنا: في هذه المسألة روايتان فعلى إحدى الروايتين لا يحال، ولا يقام زيادة العدد مقام العدالة، فعلى هذه الرواية يحتاج إلى الفرق، والفرق أن في تلك المسألة ليس لمعارضة قول الفاسقين قول عدل بخلافه فجاز أن يقام العدد مقام العدالة.

قال: ويستوي أن يكون المخبر مسلماً أو مسلمة، حراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى بعد أن يكون عدلاً ثقة؛ لأن هذا من أمور الدين، فإن كان في القوم رجلان ثقتان أخذ بقولهما؛ لأن الخبر يترجح بزيادة العدد على ما مر، وإن كان فيهم واحد ثقة عمل فيه على أكثر رأيه؛ لأن الخبرين استويا في الحجة، فلابد من الترجيح، وذلك بالتحري، فإن لم يكن له فيه رأي، واستوى الحالان عنده، فلا بأس بأكل ذلك وشربه، وكذلك الوضوء

منه في جميع ذلك، يريد به إذا أخبره واحد بنجاسة الماء، وجماعة بطهارته، وفيهم واحد ثقة، فإنه يتحرى، وإن لم يقع تحريه على شيء فلا بأس بالتوضؤ به.

فرق بين هذا وبينما إذا عدّل الشاهد واحد وجرحه واحد، فإنه يؤخذ بقول الجارح، ولايبقى ما كان على ما كان.

والفرق: أن الجارح فيما جرح اعتمد العيان بارتكاب المحظور، وارتكاب المحظور مما يعاين، فأما المعدل اعتبر استصحاب الحال؛ لأنه نفى أسباب الحرج ما لم يعلم حقيقة، فكان خبر من اعتمد الدليل أولى، وأما ههنا كل واحد منهما فيما أخبر اعتمد دليلاً؛ لأن طهارة الماء ونجاسته تعلم حقيقة بالدليل في الجملة، وكذلك حل الطعام وحرمته، فإذا وقع التعارض والاستواء، وأحدهما كاذب بيقين، والآخر صادق؛ تساقط الخبران، ووجب التمسك بالأصل.

فإن قيل: وجب أن يترجح قول من يخبر بالنجاسة والحرمة كما في رواية الإخبار؛ قلنا: في رواية الإخبار إنما يؤخذ برواية الحرمة؛ لأنه لما جعل التاريخ جعل كأن الخبرين كانا، وصار أحدهما ناسخاً للآخر، وإنه ممكن أو يجوز أن يكون الشيء حلالاً، ثم يصير حراماً، وكذا يجوز أن يكون حراماً، ثم يصير حلالاً، إلا إن جعل الخبر المحرم ناسخاً أولى لما فيه من تعليل النسخ؛ لأنه ينسخ به الإباحة الثانية بالخبر المبيح لا غير، ولو جعل الخبر المبيح ناسخاً بنسخ الحرمة الثانية بالخبر المحرم بعد انتساخ الإباحة الأصلية بالخبر المحرم، وكان جعل الخبر المحرم ناسخاً، وفيه تعليل الفسخ أولى؛ أما ههنا لا يمكننا أن نجعل كلا الأمرين كأنهما كانا، فإنه متى ذبح هذه الشاة مجوسي، أو وقع في الماء نجاسة لا يتصور أن يكون الماء طاهراً، وتكون ذبيحة مسلم، فكان الثابت أحدهما، ولا يدرى ذلك لمكان التعارض فتساقطا.

فإن كان الذي أخبره بالحل مملوكين ثقتين، والذي أخبره بالحرمة حر واحد، فلا بأس بأكله؛ لأن في الخبر الديني الحر والمملوك سواء، ولا يقع التعارض بين الواحد وبين الاثنين في الصدق على ما بينا.

وإن كان الذي أخبره بأحد الأمرين عبد ثقة، والذي أخبره بالأمر الآخر ثقة؛ عمل بأكثر رأيه؛ لأن الخبرين استويا، فلابد من التحري لإمكان العمل، فإن أخبره بأحد الأمرين مملوكان ثقتان، وبأمر أخر حران ثقتان أخذ بقول الحرين؛ لأن الخبرين استويا في دليل الصدق، فلابد من الترجيح لإمكان العمل، وطريقه إما التحري أو حرية المخبرين، فحرية المخبرين صالحة للترجيح، والترجيح بها أولى؛ لأن خبر الحرين حجة في الأحكام، وخبر المملوكين ليس بحجة في حق الأحكام، والترجيح بما هو حجة في حق الأحكام ترجيح بما هو دليل، والترجيح بالتحري ترجيح بمجرد الظن، ولا شك أن الترجيح بما هو دليل أولى من الترجيح بمجرد الظن.

وهذا بخلاف ما إذا كان من أحد الجانبين حران، ومن الجانب الآخر ثلاثة أعبد، فإنه يؤخذ بقول العبيد، والفرق وهو الأصل في جنس هذه المسائل: أن الترجيح أولاً

يطلب من حيث العدد؛ لأنه بالعدد يدخل في حد العيان، أو يقرب منه، وبكونه حجة في حق الأحكام لا يدخل في حد العيان ولا يقرب منه، فكان الترجيح حجة في الأحكام بزيادة العدد أولى، وبعد الاستواء في العدد يطلب الترجيح بكونه حجة في الأحكام لا بالتحري؛ لأنه صار حجة في حق الأحكام بالشرع؛ لا بمجرد الظن، وبعد الاستواء في الحجة في الأحكام يطلب الترجيح بالتحري، فعلى هذا إذا كان المخبر من أحد الجانبين حرين عدلين، ومن الجانب الآخر أربعة، يترجح خبر الأربعة، وكذلك إذا أخبر بأحد الأمرين رجلان، وبالآخر رجل وامرأتان يؤخذ بخبر رجل وامرأتين لما فيه من زيادة العدد، فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل.

وإذا كان في يدي رجل طعام أو شراب أذن لغيره في أكله أو شربه، فأخبره مسلم ثقة أن هذا غصب في يديه من فلان، والذي في يديه يكذبه، ويقول: إنه ملكي، وصاحب اليد متهم غير ثقة، فأحب إلي أن يتنزه، وإن أكله أو شربه أو توضأ به فلا بأس؛ لأن قول الفاسق بمقابلة قول العدل غير معتبر، فصار وجوده والعدم بمنزلة، ولو عدم قوله كان قول الواحد حجة في حق التنزه دون الحكم، وكذا ههنا.

ولم يذكر محمد رحمه الله في «الأصل» ما إذا كان صاحب اليد ثقة عدلاً، وقد أخبر أنه ملكه لم يغصبه من أحد، وقد اختلف المشايخ فيه، قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: لا يتنزه؛ لأن الخبرين تساقطا بحكم التعارض، فبقيت الإباحة الأصلية بخلاف ما إذا كان فاسقاً، وغيره من المشايخ قال: يتنزه وهو الصحيح؛ لأن صاحب اليد بخبره يشهد لنفسه؛ لأن الغصب في حق التنزه ثبت بقول الواحد، فيمتنع الناس عن شرائه تارة فهو كقوله: أي مالك يرغب الناس في الشراء، فكان في معنى الشاهد لنفسه، فلا يعارض خبر ذي اليد خبر المخبر عن الغصب، فبقي الغصب في حق التنزه [٧٨أ/ ٢] ثابتاً كما كان.

ويقع الفرق على قول هؤلاء المشايخ بين هذه المسألة، وبين مسألة ذكرناها قبل هذا أن جماعة يأكلون الطعام ويشربون الشراب، فدخل عليهم مسلم، فدعوه إلى الأكل، فقال له عدل: إنه ذبيحة مجوسي، وقال واحد عدل من الآكلين: إنه حلال، فإنه يتحرى، فإن لم يقع تحريه على شيء لا بأس بأكله، ولم يذكر التنزه.

والفرق: أن هناك صاحب اليد بقوله: هذا مباح فكله؛ ليس يجر إلى نفسه منفعة، ولا يدفع عن نفسه مضرة، فكان خبر الخارج وخبر ذي اليد في حق السامع على السواء؛ أما ههنا صاحب اليد بخبره يدفع عن نفسه مضرة؛ لأن الغصب في حق التنزه ثبت بخبر العدل الخارج، وذلك يضر بصاحب اليد؛ لأن السامع يتنزه عن شرائه على ما ذكرها.

فعلى هذا إذا أراد أن يشتري لحماً، فقال له خارج عدل: لا تشتره، فإنه ذبيحة مجوسي، وقال القصاب: اشتره فإنه ذبيحة مسلم، والقصاب عدل، فإنه تزول الكراهة بقول القصاب على قول الفقيه أبي جعفر، وعلى قول غيره من المشايخ لا تزول.

نوع آخر
في العمل بخبر الواحد في المعاملات

يجب أن يعلم بأن قول الواحد العدل حجة في المعاملات استحساناً، والقياس: أن لا يكون حجة؛ لأن المعاملة من حقوق العباد؛ لأنها شرعت لمصالحهم، وما يكون من حقوق العباد لا يثبت بقول الواحد كإثبات الملك وإزالته وغير ذلك، لكن استحسنا ذلك بالآثار وبنوع من الضرورة.

أما الآثار: فمنها ما روي أن رسول الله ﷺ وكّلَ عروة في شراء الأضحية فجاء عروة، وأخبر بالشراء، فصدقه رسول الله ﷺ فيما أخبر، ولم يكلفه إقامة البينة على ما أخبر[١]، وروي أن سلمان الفارسي رضي الله عنه أهدى إلى رسول الله ﷺ رطباً، فقال عليه السلام: «أصدقة أم هدية»؟ فقال سلمان: لا بل هدية، فأكل رسول الله ﷺ وأكل أصحابه[٢]، فقد صدق رسول الله عليه السلام سلمان فيما قال: هدية، حتى لم يحلفه عليه، وروي أن بريرة كان يتصدق عليها، وكانت تهدي ذلك إلى رسول الله عليه السلام؛ كان يصدقها فيما تقول وكان يقول: «هي لها صدقة ولنا هدية»[٣]، وكان لا يكلفها إقامة البينة.

وأما الضرورة: وهو أن المعاملة لابد للناس منها، ويكثر وقوعها فيما بين الناس، ويتكرر في كل يوم مرة بعد أخرى، فلو أمر المخبر في كل معاملة يباشرها بإقامة البينة لضاق الأمر على الناس، واحتاج كل بائع أن يستصحب مع نفسه شاهدين عدلين أناء الليل والنهار حتى يشهدا أن المبيع ملك البائع، أو أن صاحب العين وكله ببيع هذا العين، وهذا مما لا يمكن أو فيه حرج، وما لا يدخل في إمكاننا، أو فيه حرج فهو موضوع، فلهذه الضرورة صار خبر الواحد حجة في المعاملات، إلا أنه يشترط أن يكون المخبر عدلاً؛ لأنه متى كان فاسقاً يتعارض في خبره دليل الصدق ودليل الكذب، فيقع الشك في زوال ما كان ثابتاً، والثابت لا يزول بالشك، ويجب أن لا ينازع فيما قال؛ لأنه متى نوزع يندفع خبره بخبر المنازع، فيبقى ما كان على ما كان، وإذا ثبت أن خبر الواحد العدل حجة في المعاملات إذا لم ينازع في خبره كالثابت معاينة، ولو ثبت ما أخبره معاينة إن أفاد إباحة المعاملة تثبت الإباحة بخبره، وإن لم تفد إباحة المعاملة؛ لا تثبت الإباحة بإخباره؛ لأن الخبر لا تربو درجته على المعاينة.

إذا عرفنا هذا فنقول: إذا كانت الجارية لرجل، فأخذها رجل آخر، وأراد أن

---

(١) انظر البخاري في المناقب حديث ٣٦٤٢.

(٢) أخرجه الترمذي حديث ٦٥٦، وأحمد في المسند ٣/ ٤٩٠، والزبيدي في إتحاف السادة المتقين ٦/ ٧٩.

(٣) أخرجه البخاري في الزكاة حديث ١٤٩٣، ومسلم في الزكاة حديث ١٠٧٤، وأبو داود في الزكاة حديث ١٦٥٥، والنسائي في الزكاة حديث ٢٦١٤.

يبيعها، فإنه يكره لمن عرفها للأول أن يشتريها من هذا ما لم يعلم أنه ملكها من جهة المالك بسبب من الأسباب، أو أذن له ببيعها؛ لأنه اجتمع ما يوجب الإباحة، وما يوجب الحظر عليه بأنها كانت مملوكة الغير، يوجب الحظر قبل إذن المالك، وقبل أن يملكه صاحب اليد من جهة ذلك الغير، وكونها في يد ذي اليد، واليد تدل على الملك من حيث الظاهر يدل على الإباحة، فهو معنى قولنا: إنه اجتمع ما يوجب الحظر وما يوجب الإباحة، فثبتت الكراهة؛ لأن حد المكروه ما يجتمع فيه دليل الحظر والإباحة كما في ......(١)

وإن اشترى جاز ويكون مكروهاً؛ وهذا لأنا متى حرمنا الشراء عطلنا ما يدل على الإباحة وهو ظاهر اليد، ومتى حكمنا بالجواز مطلقاً من غير كراهة عطلنا سبب الحظر، وهو علمه بأنها ملك الغير، وملك الغير حرام الشراء قبل الإذن فأثبتنا الكراهة عملاً بالأمرين، وإن علم أن المالك أذن له بالبيع، أو ملكه بوجه من الوجوه، فلا بأس بأن يشتريها منه، ويكون الشراء جائزاً من غير كراهة؛ لأنه زال سبب الحظر، فإن ملك الغير سبب الحظر إلى غاية الإذن، أو التملك من جهة ذلك الغير.

وإن قال الذي في يديه: إني اشتريتها أو وهبها لي أو تصدق علي بها، أو وكلني ببيعها؛ جاز له أن يشتري منه إذا كان عدلاً مسلماً لما ذكرنا أن قول الواحد العدل حجة في الديانات إذا لم ينازع في قوله، والمخبر هنا لم ينازع في خبره، فصار خبره حجة، وصار الثابت بخبره كالثابت معاينة، ولو عاين ما قال أفاد إباحة المعاملة معه؛ فكذا إذا ثبت بخبره، وهو عدل.

ثم إن محمداً رحمه الله شرط في هذه المسألة: أن يكون صاحب اليد مسلماً عدلاً والعدالة شرط، أما الإسلام ليس بشرط، فإن قول الذمي إذا كان عدلاً حجة في المعاملات على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، والحاكم الشهيد ذكر في «مختصر العدالة»، ولم يذكر الإسلام، وتبين بما ذكر الحاكم أن ذكر الإسلام من محمد رحمه الله اتفاقي لا أن يكون شرطاً. وإن كان الذي في يديه الجارية فاسقاً لا تثبت إباحة المعاملة معه بنفس الخبر؛ بل يتحرى في ذلك، فإن وقع تحريه على أنه صادق حلَّ له الشراء منه، وإن وقع تحريه على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريها منه، وإن لم يكن له رأي يبقى ما كان في الديانات.

وكذلك لو أن هذا الرجل لم يعرف كون هذه الجارية لغير صاحب اليد حتى أخبره الذي في يديه الجارية أن هذه الجارية ملك فلان، وأن فلاناً وكله ببيعها لا يسعه أن يشتري منه ما لم يعلم أن فلاناً ملكه من صاحب اليد، أو أذن له ببيعها؛ لأن إقرار صاحب اليد لغيره بما في يده حجة شرعاً، والثابت بالحجة الشرعية كالثابت عياناً، ولو عاين المريد للشراء [٧٨ب/ ٢] كون الجارية لغير صاحب اليد بالعيان، لا يسعه أن

---

(١) بياض بالأصل.

يشتريها منه ما لم يعلم أن ذلك الغير ملكه من صاحب اليد، أو أذن صاحب اليد بالبيع؛ كذا ههنا، وإن لم يعلم هو أن الجارية ملك الغير، ولم يخبر صاحب اليد بذلك؛ لا بأس بأن يشتري من ذي اليد وإن كان ذو اليد فاسقاً.

فرق بين هذا وبينما إذا علم أن ما في يده كان لغيره؛ لا يسعه أن يشتري منه ما لم يعلم أن ذلك الغير ملكها من صاحب اليد، وأذن له ببيعها.

والفرق: أن المريد للشراء إذا علم أن الجارية كانت لغير ذي اليد، فإنما يباح له المعاملة مع ذي اليد إذا ثبت الانتقال إلى ذي اليد وتثبت الوكالة، أو لم يثبت ذلك بقول صاحب اليد إذا كان فاسقاً؛ لأن خبر الفاسق محتمل للصدق والكذب، ولم يثبت ذلك أيضاً بظاهر يده؛ لأن يده محتملة بين أن تكون يد ملك أو يد وكالة، وبين أن تكون يد غصب، فلا تثبت يد ملكه، ولا يد وكالته بالاحتمال، وإذا لم يثبت الانتقال ولا الوكالة لم تثبت إباحة المعاملة.

فأما إذا لم يعلم المريد للشراء كون الجارية ملك الغير لا بالمعاينة، ولا بإقرار ذي اليد يمكن تجويز هذه المعاملة مع ذي اليد بناءاً على أولية الملك لذي اليد في هذا العين بإثبات يده عليه؛ لأن الانتقال إلى ذي اليد، أو الوكالة من جهة الغير إن تعذر إثباته إذا لم يعلم كون الجارية ملكاً للغير؛ أمكن إثبات أولية الملك له؛ لأن الملك يثبت للفاسق من الابتداء في العين بإثبات اليد عليه كما ثبت للعدل، واستوى فيه العدل والفاسق.

قال: إلا أن يكون مثله لا يملك ذلك الشيء في الغالب، وذلك كدرة نفيسة في يد فقير لا يملك قوت يومه؛ يعلم بدلالة الحال أن مثله لا يملك ذلك، وككتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو أهل لذلك، فحينئذٍ يستحب له أن يتنزه، ولا يتعرض له بشراء، ولا قبول هدية ولا صدقة؛ لأنه ثبت كون ما في يده لغيره بدلالة الحال، ولو ثبت كون ما في يده لغيره بالعيان، أو بإخبار صاحب اليد يكره الشراء ما لم يثبت الانتقال أو الوكالة، فإذا ثبت ذلك بدلالة الحال إن لم تثبت الكراهية؛ لأن دلالة الحال دون ذلك وجب التنزه.

وإن كان الذي أتاه بذلك امرأة حرة؛ كان الجواب فيها كالجواب في الرجل؛ لأن قول الرجل إنما صار حجة في المعاملات للضرورة، والضرورة متحققة في حق المرأة؛ لأن المرأة تحتاج إلى المعاملة كالرجل، فصار قولها حجة كقول الرجل.

وإن كان الذي أتى به عبداً أو أمة، فليس ينبغي أن يشتري منه شيئاً، وكذلك لا ينبغي أن يقبل منه هبة، ولا صدقة حتى يسأله عن ذلك؛ لأنه علم يقيناً أن ما في يده ملك غيره، فكان بمنزلة ما لو كان المال في يد حر علم أنه كان لغيره، وهناك كان الجواب على نحو ما ذكرنا.

فإن سأله عن ذلك، فأخبر العبد أن مولاه أذن له في بيعه وهبته وصدقته فإن كان العبد ثقة؛ لا بأس بأن يشتري ذلك منه؛ لأن قول العبد في المعاملات إذا كان العبد ثقة كقول المرأة قوله حجة؛ لأن للناس ضرورة في المعاملات مع العبيد، فإن الإذن في

التجارة مشروعة، وكذلك الكتابة مشروعة، فمتى لم يقبل قول العبد على ذلك يحتاج إلى أن يقيم شاهدين على الإذن في التجارة أو على الكتابة وفيه حرج، فصار قول العبد حجة في المعاملات لهذا.

وأما إذا كان فاسقاً، فإنه يتحرى في ذلك؛ لأن العبد في المعاملات كالحر، والحر لو كان فاسقاً، وقد أخبر أن صاحب العين ملك العين منه، أو وكله ببيع العين، فإن المريد للشراء يتحرى، فكذلك ههنا، فإن لم يقع تحريه على شيء بقي ما كان على ما كان عليه كما في الحر.

ولو كان الذي أتى به غلاماً صغيراً، أو جارية صغيرة حراً أو مملوكاً، لم يسعه أن يشتري منه قبل السؤال؛ لأن الحجر ثابت بيقين لوجود سببه وهو الصغر، فما لم يعلم بزوال الحجر لا تجوز المعاملة معه، فإن قال: إنه مأذون له في التجارة فإنه يتحرى، وإن كان الصبي عدلاً، وهذا لأن الصبي وإن كان عدلاً فهو ناقص العقل، ونقصان العقل سبب الإقدام على الكذب لقلة المبالاة، فكان الصغير كالفاسق، فإن لم يقع تحريه على شيء يبقى ما كان على ما كان عليه قبل التحري.

وكذلك لو أن هذا الصغير أراد أن يهب ما أتى به من رجل، أو يتصدق به عليه، فينبغي لذلك الرجل أن لا يقبل هديته، ولا صدقته حتى يسأل عنه، فإن قال: إنه مأذون له في الهبة والصدقة، فالقابض يتحرى، ويبني الحكم على ما يقع تحريه عليه، وإن لم يقع تحريه على شيء يبقى ما كان على ما كان عليه قبل التحري. قال محمد رحمه الله: وإنما يصدق الصغير فيما يخبر بعدما تحرى، ووقع تحريه أنه صادق إذا قال: هذا المال مال أبي أو مال فلان الأجنبي أو مال مولاي، وقد بعث به إليك هبة أو صدقة، فأما إذا قال: هو مالنا، وقد أذن لنا أبونا أن نتصدق به عليك أو نهبه لك؛ لا ينبغي له أن يقبل؛ لأن الثابت بخبره لا يكون أعلى حالاً من الثابت معاينة، ولو عاين السامع أن الأب أذن له أن يهب مال نفسه، أو يتصدق بمال نفسه؛ لا يحل له أن يقبل ذلك منه؛ كذا ههنا.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول: الصبي إذا أتى بقالاً بفلوس يشتري منه شيئاً، وأخبره أن أمه أمرته بذلك، فإن طلب الصابون ونحوه فلا بأس بأن يبيعه منه، وإن طلب الزبيب، وما يأكله الصبيان عادة، فينبغي أن لا يبيعه منه؛ لأن الظاهر أنه كاذب فيما يقول، وقد عثر على فلوس أمه، فأراد أن يشتري بها حاجة نفسه؛ قال: وكذلك الفقير إذا أتاه عبد أو أمة بصدقة من مولاه يتحرى لما قلنا.

قال: ولو أن رجلاً قد علم أن جارية لرجل يدعيها، فرآها في يدي رجل يبيعها، وقال للذي في يديه الجارية: قد علمت أنها كانت لفلان يدعيها، فقال الذي في يديه: قد كانت كما ذكرت في يده يدعيها أنها له، إلا أنها كانت لي، وقد كنت أمرته بذلك تلجئة لأمر خفته، وصدقته الجارية في ذلك، فإن كان الرجل مسلماً ثقة، فلا بأس بأن يشتري أمته؛ لأن قول العدل حجة في المعاملات إذا لم ينازعه أحد فيما أخبر، ولا منازع له ههنا من حيث الحقيقة، وهذا ظاهر، وكذلك لم يعرف له منازع بإقراره؛ لأنه أقر بكونه

وديعة عنده لفلان، والمودع لا ينازع المالك فيما كان وديعة عنده.

وإن كان الذي في يديه الجارية فاسقاً يتحرى، فإن تحرى ووقع تحريه على أنه كاذب [٧٩أ/ ٢] لا ينبغي له أن يشتريها منه، وإن وقع تحريه على أنه صادق، فلا بأس بأن يشتريها منه، وإن لم يقع تحريه على شيء يبقى ما كان على ما كان.

ولو أن صاحب اليد لم يقل هذا القول الذي وصفت لك ولكن قال: إن فلاناً قد كان ظلمني وغصبني الجارية، فأخذتها منه، فلا ينبغي له أن يشتريها منه وإن كان عدلاً؛ لأنه قد ثبت له المنازعة بإقراره؛ لأنه قد أقر أن صاحب اليد غصبها منه، والغاصب منازع للمالك ما لم يرجع عن غصبه بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة لم يقر بالمنازع؛ لأنه أقر بالوديعة، والمودع لا ينازع المالك في الوديعة؛ لأنه أخذها للحفظ للمالك لا لنفسه.

وإن كان قال: إنه قد ظلمني وغصبني، ثم إنه رجع عن غصبه، وأقر بها لي ودفعها لي، فإن كان ثقة، فلا بأس بأن يشتري منه؛ لأن في هذه الصورة ما أقر بالمنازع، فإنه قال: رجع عن غصبه، وأقر بها لي ودفعها إليَّ، والغاصب بعدما رجع عن الغصب، ودفع المغصوب إلى المغصوب منه لا يبقى منازعاً للمغصوب منه، فلم تثبت المنازع ههنا لا من حيث الحقيقة ولا بإقراره، وقول العدل في المعاملات حجة إذا لم ينازعه فيه أحد، وإن كان الرجل فاسقاً تحرى في ذلك لما قلنا في الفصل الأول.

وإن كان قال: لم يقر بها لي، ولكن خاصمته إلى القاضي، فقامت عليه بينة، فقضى القاضي عليه بذلك، أو استحلفته فنكل، فقضي عليه بهذا، فهذا والأول سواء، وإن كان عدلاً يشتري منه، وإن كان فاسقاً يتحرى؛ لأنه ما أقر بالمنازع ههنا لما قال قضى القاضي بالجارية لي؛ لأن الغاصب لا يبقى منازعاً بعد القضاء ما لم يجحد القضاء، ولم يذكر أنه جحد القضاء.

وكذلك إذا قال: قضى القاضي لي بالجارية، وأمرني فأخذتها من منزله، أو قال: قضى القاضي بالجارية لي، وأخذها منه ودفعها إليَّ، فلا بأس بأن يشتريها منه إذا كان عدلاً؛ لأنه لم يقر بالمنازع، وإن قال: قضى بها القاضي لي فجحد لي قضاءه، فأخذتها منه، فلا ينبغي له أن يشتريها منه وإن كان عدلاً؛ لأنه أقر بالمنازع لما أقر أنه جحد القضاء، فالجاحد يكون منازعاً لا محالة.

قال محمد رحمه الله في «الكتاب»: وهذا بمنزلة ما لو قال الذي في يديه الجارية: اشتريتها من فلان الذي كان يدعيها، ونقدته الثمن، وأخذتها، فإنه حل له الشراء منه إذا كان عدلاً؛ لأنه لا يقر بالمنازع، وإن قال: جحد لي الشراء؛ لا ينبغي أن يشتريها منه وإن كان عدلاً؛ لأنه أقر بالمنازع ههنا.

قال محمد رحمه الله في «الكتاب» أيضاً: وهذا بمنزلة ما لو قال: اشتريتها من فلان، وقبضتها بأمره، ونقدته الثمن، وهو عدل ثقة، فقال له رجل آخر: إن فلاناً جحد هذا الشراء، وزعم أنه لم يبع شيئاً منه، وهذا الثاني عدل ثقة عنده، لا ينبغي له أن يشتريها منه؛ لأنه قد ثبت المنازع بقول الثاني لما كان عدلاً لا فرق بين مسألة

الاستشهاد، وبينما إذا أخبره واحد بنجاسة الماء، وأخبره واحد بطهارة الماء، وهما عدلان، فإن هناك يتحرى وتثبت المعارضة بين الخبرين حتى أمر بالتحري.

وكذلك إذا أخبر أحدهما أن هذا اللحم ذبيحة مجوسي، وأخبر الآخر أنه ذبيحة المسلم، وهما عدلان، فإنه يتحرى وتثبت المعارضة بين الخبرين، وفي مسألة الاستشهاد، وما أثبت المعارضة بين الخبرين؛ بل قال: يأخذ بقول الثاني.

والفرق: وهو أن التحري إنما يجب حال مساواة الخبرين، وفي مسألة الاستشهاد لا مساواة؛ لأن الخارج فيما أخبر اعتمد دليلاً حادثاً يعرف من حيث الحقيقة والعيان، وهو جحود البائع، وذو اليد فيما أخبر من الشراء، وإقرار البائع بذلك لم يعتمد دليلاً جارياً على عدم الجحود، وإنما اعتمد استصحاب الحال، وهو إقراره بالشراء، وإقراره بالشراء لا يوجب عدم الجحود؛ بل عدم الجحود يكون ثابتاً باستصحاب الحال؛ لأن الأصل هو العدم، وقد ذكرنا أنه لا مساواة بين خبرين أحدهما ثابت بالدليل الحادث، والآخر ثابت بناءً على استصحاب الحال كما في الجرح مع التعديل، فأما في طهارة الماء ونجاسته تتحقق المساواة بين الخبرين؛ لأنه يمكن بناء كل واحد منهما على دليل يوجب العلم بما أخبر خبر النجاسة على معاينة وقوع النجاسة، وخبر الطهارة على معاينة اغتراف الماء من نهر عظيم يكون طاهراً واستصحاب الماء مع نفسه إلى وقت الخبر، وكذلك المخبر عن ذبيحة المسلم، وعن ذبيحة المجوسي؛ لأن كل واحد من الذبيحتين مما يشاهد ويعاين، فيكون كل واحد من الخبرين بناءً على دليل يوجب ما قال لا بناءً على عدم الدليل فاستويا، وعند استواء الخبرين يجب التحري، وإن كان المخبر عن الجحود فاسقاً قال: يتحرى في خبره.

فرق بين هذا وبينما إذا أخبره رجل بطهارة الماء، وأخبر آخر بنجاسة الماء وأحدهما فاسق، فإنه يأخذ بقول العدل، وههنا لم يقل: إنه يأخذ بقول العدل؛ بل قال يتحرى.

وجه الفرق: أن في مسألتنا الخبرين قد استويا، فإن كان المخبر عن الجحود فاسقاً، وصاحب اليد عدلاً؛ لأن خبر كل واحد منهما حجة من وجه دون وجه، أما خبر صاحب اليد فلأنه اعتمد استصحاب الحال، واستصحاب الحال حجة من وجه دون وجه، فإنه حجة في الدفع لا في إثبات الاستحقاق.

وخبر الفاسق حجة من وجه دون وجه أيضاً، لاحتمال الصدق والكذب في خبره احتمالاً على السواء، ولما استويا وجب التحري، فأما في نجاسة الماء وطهارته، فخبر الفاسق لا يساوي خبر العدل؛ لأن خبرهما وإن استويا من حيث إن كل واحد منهما حصل من دليل حادث؛ إلا أن لخبر العدل رجحاناً من وجه آخر من حيث إنه حجة من كل وجه لرجحان الصدق في خبره، وخبر الفاسق حجة من وجه دون وجه لاحتمال الصدق والكذب في خبره احتمالاً على السواء، وإن كانا جميعاً فاسقين، فإن صدق القائل الثاني بقوله وعلى ذلك أكثر رأيه لم يقبل من ذلك شيئاً، فقد أمر بالتحري متى كانا

فاسقين، ويجب أن لا يتحرى؛ لأن خبر صاحب اليد لا يساوي خبر الخارج إذا كانا فاسقين؛ لأنهما في الفسق على السواء، والخارج يخبر عن دليل حادث، وذو اليد يخبر عن عدم الدليل، فيترجح خبر الخارج؛ كما لو كانا عدلين، والجواب قد ترجح خبر الخارج على خبر ذي اليد بالطريق الذي [٧٩ب/ ٢] قلتم، فلا جرم يسقط اعتبار خبر ذي اليد بمقابلة خبر الخارج، ويلتحق بالعدم، إلا أن الخارج فاسق، وقد أخبر بما يوجب كراهة الشراء فيجب التحري، كما لو أخبر فاسق بنجاسة الماء.

وإذا كانت الجارية في يدي رجل يدعي أنه اشتراها من فلان وهو ثقة مسلم، وسع للذي يسمع مقالته أن يشتريها؛ وهذا لأن الإقرار بالشراء إقرار بالملك للبائع دلالة، ولو أقر بالملك للبائع صريحاً، ثم ادعى الانتقال إلى نفسه جاز الشراء منه إذا كان ثقة، وإن كان فاسقاً يتحرى، فههنا كذلك.

وكذلك إذا لم تكن الجارية في يده؛ ولكنها كانت في منزل مولاها، فقال: إن فلاناً أمرني ببيعها، ودفعها إلى من اشتراها وهو ثقة، فلا بأس بشرائها منه، والقبض من منزل مولاها من الذي باعها بأمر مولاها أو بغير أمره؛ لأن هذا عدل أخبر بما هو من جملة المعاملات، ولم ينازعه في ذلك أحد، فيقبل قوله.

وإن كان هذا الذي في يديه الجارية فاسقاً يجب التحري، فإن تحرى ووقع في قلبه أنه صادق، فاشتراها وقبضها، ثم وقع تحريه على أنه كاذب فيما قال، فإنه يعتزل عن وطئها حتى يسأل مولاها، أو يخبره بذلك عدل؛ وهذا لأنه إنما اشتراها بغالب الرأي، والعامل بغالب الرأي إذا تحول رأيه إلى شيء آخر يلزمه العمل برأيه الثاني في المستقبل لا في الماضي، فلهذا قال: يعتزل عن وطئها.

ثم قال محمد رحمه الله: وهكذا أمر الناس ما لم يجيء التجاحد والتشاجر من الذي كان يملك، فأما إذا جاءت المشاجرة والإنكار من المالك لا يبقى خبر المخبر حجة؛ سواء كان المالك فاسقاً أو عدلاً؛ وهذا لأن قول الواحد إنما جعل حجة في إباحة المعاملات مع الناس للضرورة بخلاف القياس، ففيما وراء إباحة المعاملة من إبطال ملك الغير بغير رضاه؛ لا ضرورة فيه لإباحة المعاملات؛ لأن كل موكل لا ينكر الوكالة، وإذا لم يبق قوله حجة حال منازعة الملك لم يثبت الانتقال إليه ولا الوكالة، فكان بائعاً مال الغير بغير إذنه، فكان للمالك أن يأخذها من المشتري، ويضمن المشتري لمولى الجارية عقر الجارية إن كان قد وطيء الجارية؛ لأنه وطيء ملك الغير، وقد سقط الحد لمكان الشبهة، فيجب العقر.

ولو شهد شاهدان عدلان عند البيع أن مولاها قد أمر البائع ببيعها، فاشتراها بقولهما، ونقد الثمن وقبضهما، وحضر مولاها، فأنكر الوكالة؛ كان المشتري في سعة من إمساكها؛ لأنهما لو شهدا بذلك عند القاضي؛ أطلق القاضي للمشتري إمساكها، فكذا إذا شهدا به عند المشتري يحل للمشتري إمساكها بخلاف ما لو كان المخبر واحداً؛ لأن الواحد لو شهد بذلك عند القاضي والمالك منكر، فالقاضي لا يطلق للمشتري الإمساك،

فكذا إذا شهد الواحد بذلك عند المشتري لا يسع المشتري إمساكه إذا أنكر المالك الوكالة.

قال: إلا أن يكون خاصمه عند القاضي، وقضى القاضي بالملك للمالك، فإن استحلف المالك على الوكالة فحلف، فإنه لا يسعه إمساكها ما لم يجدد الشاهدان الشهادة على الوكالة بين يدي القاضي حتى يقضي القاضي بالوكالة، وإنما لا يسع للمشتري إمساكها قبل تجديد الشاهدين الشهادة لما أشار محمد رحمه الله في «الكتاب»: أن القضاء أنفذ من الشهادة.

ومعنى هذا الكلام: أنه يجمع ما يبيح الإمساك وهو الشهادة، وما يحرم الإمساك وهو قضاء القاضي بالملك للمالك، والرجحان لدليل الحظر وهو القضاء؛ لأن القضاء صدر عن حجة، وهو إقرار المشتري بالملك للموكل، والوكالة بالبيع لم تثبت عند المشتري بما هو حجة؛ لأن الشهادة لا تكون حجة ما لم يتصل بها القضاء، فكان العمل بالقضاء أولى من العمل بالشهادة، فإذا جدد الشاهدان الشهادة على الوكالة عند القاضي؛ وقضى القاضي بالوكالة فحينئذٍ يحل للمشتري إمساكها؛ لأن الوكالة ثبتت بما هو حجة، فصار كالثابت معاينة.

نوع آخر
في العمل بخبر الواحد بارتداد أحد الزوجين وبالرضاع والطلاق والموت وفساد النكاح

قال محمد رحمه الله: ولو أن رجلاً تزوج امرأة، فلم يدخل بها حتى غاب عنها، فأخبره مخبر أنها قد ارتدت عن الإسلام ـ والعياذ بالله ـ، فإن كان المخبر بذلك عدلاً وسعه أن يصدقه، وأن يتزوج بأختها، أو أربع سواها، وإن كان فاسقاً تحرى في ذلك؛ هكذا ذكر المسألة في كتاب الاستحسان.

وذكر في «السير الكبير»: أنه لا يسعه أن يتزوج بأختها أو أربع سواها ما لم يشهد عنده رجلان، أو رجل وامرأتان. وجه ما ذكر في «السير»: أن قول الواحد العدل في إباحة المعاملات إنما يكون حجة إذا لم ينازع في خبره، وقد أقر بالمنازع حين أخبر عن ردتها؛ لأن الظاهر أن المرأة لا ترتد؛ لأنها قد أقرت ببطلانها حين أقرت بالإسلام، فكان الظاهر منها إنكار الردة، والأحكام مبنية على الظاهر، فكان بمنزلة ما لو كانت حاضرة، وأنكرت الردة حقيقة.

وجه ما ذكر في الاستحسان: أنه لا منازع لهذا المخبر فيما أخبر من حيث الحقيقة وهذا ظاهر، ولم يثبت المنازع بإقراره؛ لأن إنكارها الردة وإن كان ثابتاً من حيث الظاهر إلا أن المخبر رجع عن هذا الإنكار، وأقر بردتها، فهو بمنزلة ما لو قال ذو اليد: هذا الشيء ملكي لكن قد كان غصبه فلان، ثم رجع عن ظلمه ودفعها إليَّ، وهناك يصدق ذو اليد في إخباره كذا ههنا.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح كتاب «الاستحسان» اختلاف الروايتين في ردة المرأة، ولم يذكر ردة الرجل، ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الاستحسان اختلاف الروايتين في ردة الرجل، وذكر أن ردة الرجل لا تثبت عند المرأة إلا بشهادة رجلين، أو شهادة رجل وامرأتين على رواية «السير»، وردة المرأة تثبت عند الزوج بخبر الواحد باتفاق الروايات.

قال شمس الأئمة الحلواني: والصحيح في المسألتين روايتان؛ على رواية «السير»: لا تثبت ردة المرأة عند الزوج، ولاردة الزوج عند المرأة إلا بشهادة رجلين، أو شهادة رجل وامرأتين، ثم فرق على رواية كتاب الاستحسان بين هذا وبينما إذا قال للزوج: تزوجتها يوم تزوجتها وهي مرتدة، فإنه لا يسعه أن يأخذ بقوله وإن كان عدلاً، ومتى أخبر عن ردتها بعد النكاح وسعه أن يصدقه فيما قال، ويتزوج بأختها ،أو أربع سواها إذا كان عدلاً [١٨٠أ/ ٢].

والفرق: وهو أنه متى أقر بردة مقارنة للنكاح، فقد أقر بالمنازع فيما أخبر؛ لأن إقدامها على النكاح إنكار منها لا يمنع صحة النكاح دلالة، والردة تمنع صحة النكاح، وإذا ثبت إنكارها صار مقراً بالمنازع، فلا يبقى خبره حجة بخلاف ما لو أخبر عن ردةٍ جاريةٍ بعد صحة النكاح؛ لأنه لم يقر بالمنازع؛ لأن إقدام المرأة على النكاح لا يكون إنكاراً لما يقطع النكاح في المستقبل، فلم يجعل مقراً بالمنازع، ولا كذلك الإقرار بردة مقارنة.

وكذلك لو أن رجلاً تزوج جارية رضيعة ثم غاب عنها، فأتاه رجل فأخبره أن أمه أو ابنته أو أخته أرضعت امرأته الصغيرة، فإن كان المخبر عدلاً وسعه أن يصدقه، ويتزوج بأختها أو أربع سواها، وإن كان فاسقاً يتحرى في ذلك لما ذكرنا. قال شيخ الإسلام: فعلى رواية «السير» يحتاج إلى الفرق بين الرضاع وبين الردة.

وإن لم يقل هكذا ولكنه قال: كنت تزوجتها وهي أختك من الرضاعة، فإنه لا يسعه أن يتزوج أختها ولا أربعاً سواها، وإن كان المخبر عدلاً؛ لأنه أقر بالمنازع؛ لأن إقدامها على النكاح إنكار منها للرضاع، فقد ثبت المنازع بإقراره، فيعتبر بما لو كان ثابتاً حقيقة بأن كانت المرأة حاضرة، وأنكرت الرضاع؛ بخلاف ما إذا أخبر برضاع طارىء؛ لأن هناك لم يثبت المنازع بإقراره على نحو ما بينا في فصل الردة، أو نقول: أخبر بفساد العقد الذي باشره غيره، وقول الواحد في باب المعاملات إذا كان فيه فساد عقد باشره الغير لا يعقل؛ لأن ذلك الغير ينازعه في فساد العقد؛ لأن الجواز أصل في العقود.

وإذا غاب الرجل عن امرأة، فأتاها مسلم عدل، وأخبرها أن زوجها طلقها ثلاثاً أو مات عنها، فلها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر؛ لأنه أخبر عن إباحة معاملة، ولم يقر بالمنازع، فثبتت الإباحة. وإن كان المخبر فاسقاً تتحرىٰ.

وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا شهد شاهدان عند المرأة بالطلاق، فإن كان الزوج غائباً وسعها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر، وإن كان حاضراً ليس لها ذلك، ولكن ليس لها

أن تمكن زوجها من نفسها؛ وهذا لأن المشهود قبل القضاء ثابت من وجه دون وجه، فمن حيث إنه ثابت لا تقيم مع الزوج، ومن حيث إنه ليس بثابت لا يسعها التزوج بزوج آخر، أكثر ما فيه أنها تبقى معلقة مظلومة، ولكن يمكنها دفع الظلم عن نفسها إذا كان الزوج حاضراً بأن تأمر الشاهدين حتى يشهدا عند القاضي، فيقضي القاضي بالفرقة بينهما؛ بخلاف ما إذا كان الزوج غائباً؛ لأن هناك لا يمكنها دفع الظلم عن نفسها بالمرافعة إلى القاضي، فتعين القول بحل تزوج آخر.

وكذلك إن سمعته أنه طلقها، وجحد الزوج ذلك وحلف، فردها القاضي لم يسعها المقام معه، وينبغي لها أن تفتدي بمالها أو تهرب منه، وإن لم تقدر على ذلك قتلته، وقد ذكرنا هذا الفصل، وما فيه من اختلاف المشايخ في آخر كتاب النكاح.

قال في كتاب «الاستحسان»: وإذا هربت منه لم يسعها أن تعتد، وتتزوج بزوج آخر؛ قال شمس الأئمة السرخسي: ما ذكر أنها إذا هربت ليس لها أن تعتد، وتتزوج بزوج آخر جواب القضاء، أما فيما بينها وبين ربها فلها أن تتزوج بعدما اعتدت، ثم إذا أخبرها عدل مسلم أنه مات زوجها إنما تعتمد على خبره إذا قال: عاينه ميتاً، وقال: شهدت جنازته، أما إذا قال: أخبرني مخبر؛ لا يعتمد على خبره.

وإن أخبر واحد بموته، ورجلان آخران أخبرا بحياته، فإن كان الذي أخبرها بموته قال: عاينته ميتاً، أو شهدت جنازته حل لها أن تتزوج، وإن كان اللذان أخبراها بحياته ....[1] لاحقاً فقولهما أولى.

في «فتاوى الفضلي»: ولو شهد اثنان بموته أو قتله، وشهد آخران أنه حي، فشهادة الموت أولى، وجنس هذا في آخر باب الشهادة من «وصايا عصام».

ولو أن امرأة قالت لرجل: إن زوجي طلقني ثلاثاً، وانقضت عدتي، فإن كانت عدلة وسعه أن يتزوجها، وإن كانت فاسقة تحرى، وعمل ما وقع تحريه عليه. ولو أخبرت أن أصل نكاحها كان فاسداً، أو أن زوجها أخوها من الرضاعة، فإنه لا يسعه أن يتزوجها، وإن كانت عدلة.

قال محمد رحمه الله: وإنما هذه بمنزلة رجل في يديه جارية يدعي رقبتها، وهي تقر له بالملك، فوجدها في يدي رجلٍ، رجلٌ قد علم بحالها، فأراد شراءها، فسأله عنها، فقال: الجارية جاريتي، وقد كان الذي كانت في يديه كاذباً فيما ادعى من ملكها؛ لا ينبغي لهذا الرجل أن يشتريها منه وإن كان عدلاً؛ لأن هذا الرجل عرف للمخبر منازعاً فيما أخبر؛ لأنه سمع من الذي كانت في يديه أنه كان يدعيها لنفسه، فيكون منكراً الملك للثاني، فقد ثبت له المنازع فيما أخبر عند المريد للشراء، فلا ينبغي له أن يشتريها، ولو قال: كنت اشتريتها منه، وسعه أن يشتريها منه؛ لأن دعواه ملك الجارية لا يكون إنكاراً لما يقطع ملكه في المستقبل، فلم يثبت له المنازع فيما أخبر.

---

(١) بياض بالأصل.

وكذلك جارية في يدي رجل تدعي أنها جاريته، وهي صغيرة لا تعبر عن نفسها بجحود ولا إقرار فكبرت، فلقيها رجل. . . .[١] في بلد آخر، فأراد أن يتزوجها، فقالت له: أنا حرة الأصل، ولم أكن أمة للذي كنت في يديه؛ لا يسعه أن يتزوجها؛ لأنه ثبت المنازع عند المريد للتزوج، فإنه سمع الذي كانت في يديه يدعي ملك رقبتها لنفسه، ولو قالت: كنت أمة للذي كنت في يديه فأعتقني، وسعه أن يتزوجها إن كانت عدلة.

ولو أن حرة تزوجت رجلاً، ثم أتت غيره وقالت: إن نكاحها الأول كان فاسداً لما أن الزوج كان على غير الإسلام لا ينبغي لهذا الرجل أن يصدقها وأن يتزوجها. ولو قالت: إنه طلقني بعد ذلك، أو قالت: ارتد عن الإسلام، فبنت منه؛ وسعه أن يصدقها وأن يتزوجها إذا كانت عدلة. قال: وكذلك لو أقرت بعد النكاح أنه كان مرتداً؛ وسع السامع أن يتزوجها إذا كانت عدلة.

اعلم بأنه اختلفت الروايات في هذا الفصل؛ ذكر في بعض الروايات لو أقر بعد النكاح أنه كان مرتداً وقت النكاح يعني أقر الزوج بعد النكاح أنه كان مرتداً وقت النكاح، وهكذا [٨٠ب/ ٢] أثبت الحاكم الشهيد في «المختصر»، وإن كان هذا من الزوج إقراراً بردة مقارنة للنكاح، والزوج غير مصدق في ذلك؛ إلا أن الزوج يملك قطع النكاح في المستقبل، والردة قاطعة للنكاح، فجعل هذا إقراراً منه بما يقطع النكاح؛ إلا أن يجعل إقراراً بما يقطع النكاح بعد الصحة؛ كأنه طلقها، ولهذا يجب للمرأة نصف المهر، فإذا جعل هذا إقراراً بالطلاق صار كأن الزوج قال: طلقتها بعدما تزوجها، وهناك يسع السامع أن يتزوجها كذا ههنا.

وقد وقع في بعض الروايات لو أقرت بعد النكاح، يعني أقرت المرأة بعد النكاح أن الزوج كان مرتداً، وتأويل هذه الرواية أن المرأة أقرت أن الزوج أقر أنه كان مرتداً يوم تزوجها؛ لأن الثابت من إقرار الزوج بإقرارها؛ كالثابت عياناً، ولو عاينّا إقرار الزوج أنه كان مرتداً وقت النكاح؛ يسع السامع أن يتزوجها.

والدليل على أن المراد هذا، فإن محمداً رحمه الله ذكر قبل هذه المسألة إقرار المرأة بكون الزوج مرتداً وقت النكاح، وذكر ثمة أنه لا يسع السامع أن يتزوجها، فهذا يبين لك أن المراد من هذه المسألة ما قلنا.

ثم فرق بينما إذا أقر الزوج أنه كان مرتداً وقت النكاح، وبينما إذا أخبر أجنبي أن الزوج كان مرتداً وقت النكاح، فقال في فصل الأجنبي: لا يسع السامع أن يتزوجها، وفي الزوج قال: يسع السامع أن يتزوجها.

والفرق: أن الزوج إن كان لا يملك الإقرار بفسخ النكاح من الأصل يملك الإقرار بحرمة طارئة بعد النكاح، فيجعل إقراراً منه بحرمة طارئة، وغير الزوج لا يملك الإقرار بحرمة طارئة، فلا يمكننا أن نجعل هذا من غير الزوج إقراراً بحرمة طارئة، فيجعل إقراراً بفسخ النكاح من الأصل، وإنه غير مصدق في ذلك؛ لأنه إقرار بالمنازع.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «الجامع الصغير»: جارية لرجل قالت لرجل آخر: بعثني إليك مولاي هدية وسعه أن يأخذها بناءً على ما قلنا: إن إقرار الواحد العدل في باب المعاملات حجة؛ حراً كان أو عبداً.

الفصل الثاني
في العمل بغالب الرأي

يجب أن تعلم بأن العمل بغالب الرأي جائز في باب الديانات وفي باب المعاملات، وقد ذكرنا ذلك في الفصل المتقدم، وكذلك العمل بغالب الرأي في الدماء جائز، حتى إن من دخل على رجل منزله شاهراً سيفه، ولا يدري صاحب المنزل ما حاله أهارب هو من اللصوص والتجأ إلى داره، أو لص دخل عليه ليأخذ ماله، ويقتله إن منعه، فإنه يتحرى في ذلك؛ لأنه استوى دليل الحظر، ودليل الإباحة؛ لأن الدخول قد يكون للالتجاء، وإنه يحرم التعرض له، وقد يكون لأخذ المال وقتل صاحب البيت إن منعه، وإنه يفيد إباحة التعرض له، فلابد من ترجيح أحد الدليلين على الآخر، وذلك بالتحري، فتحرى في ذلك، وعمل بتحريه، فإن وقع تحريه؛ أنه دخل منزله للالتجاء لا يقتل، وإن وقع تحريه أنه لص دخل منزله ليأخذ ماله ويقتله وخاف أنه إن زجره، أو صاح به أن يبادر فيقتله، فلا بأس بقتله.

وقالوا فيمن استقبل المسلمين جماعة في دار الحرب، فأشكل على المسلمين حالهم أنهم عدو أو مسلمون، فإنهم يتحرون؛ لأنه استوى دليل الحظر والإباحة؛ لأنه قد يكون في دار الحرب أهل الإسلام دخلوا فيها للتجارة، وقد يكون فيها أهل الحرب، فيتحرى.

وقد روى الفقيه أبو جعفر الهندواني، والحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن رأى رجلاً في داره شاهراً سيفه، فوقع في غالب رأيه أنه يريد ماله، فإنه يحل له قتله من غير أن يصيح، وإن كان يعلم أنه لا يريد نفسه، فهذه الرواية إشارة إلى أنه متى وقع تحريه على أنه قصد الشر إنه يباح قتله، ولا يلزمه التحري مرة أخرى ليعلم أنه هل يزجر بدون القتل أو لا يزجر، وأشار محمد رحمه الله في كتاب الاستحسان إلى أن بعدما وقع في غالب رأيه أنه دخل للشر؛ أنه يتحرى ثانياً ليعلم أنه يزجر بدون القتل، أو لا يزجر؛ لأنه قال: وخاف إن زجره أو صاح به أن يبادر فيقتله حل له أن يقتله، فإنما أباح له القتل بشرط أن يعلم أنه يبادر بقتله متى صاح به وزجره.

وجه ما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أن قصد الشر قد تحقق منه، فمتى أمرناه بالتحري مرة أخرى ربما لا يمكنه دفع ما قصد من الشر، فيباح قتله.

وجه ما ذكره محمد رحمه الله: أن الشر واجب الدفع، فإذا أمكنه الدفع بما دون القتل لا يميل إلى القتل، ولكن بعدما ثبت الشر؛ الحالة محتملة بين أن يدفع الشر بقتل أو بما دونه فيتحرى.

وسئل الفقيه أبو جعفر: عن رجل وجد رجلاً مع امرأته أيحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه يزجر عن الزنا بالصياح أو بالصرف بما دون السلاح، فإنه لا يقتله، ولا يقاتل معه بالسلاح، وإن علم أنه لا يزجر إلا بالقتل والمقاتلة معه بالسلاح؛ حل له القتل، فكأنه إنما أخذ هذا من قول محمد رحمه الله، فإن محمداً رحمه الله أمره بالتحري مرة أخرى بعدما تحقق الشر بالتحري ليعلم أنه هل يزجر بما دون القتل، أو لا ينزجر، وقد مر بعض هذه المسائل في كتاب السرقة.

الفصل الثالث
في الرجل رأى رجلاً يقتل أباه، وما يتصل به

قال محمد رحمه الله في كتاب الاستحسان: وإذا رأى الرجل رجلاً يقتل أباه متعمداً، ثم أنكر القاتل أن يكون قتله، أو قال للابن في السر: إني قتلت أباك؛ لأنه قتل فلاناً عمداً، أو قال له: إن أباك ارتد عن الإسلام، فاستحللت قتله لذلك، ولم يعلم الابن شيئاً مما قال، كان الابن في سعة من قتله؛ لأن الوارث عاين السبب المبيح لقتله، وهو قتل الأب عمداً؛ إلا أن القاتل ينكر أو يدعي ما يسقطه، فلا يثبت ما ادعى من السقوط إلا بالبينة، وكان بمنزلة ما لو قال لغيره: أخذت مالك بإذنك، أكلت طعامك بإذنك، فإن دعوى الإذن لا تثبت بالبينة، وكذلك من عاين هذا القتل كان له أن يعين الابن على استيفاء القصاص؛ لأنه علم بوجوب هذا الحق للابن متى عاين قتل وليه، وكان عليه أن يعينه على استيفاء حقه كما في سائر الحقوق، [٨١أ/ ٢] وكذلك إذا لم يعاين الابن القتل، ولكن أقر القاتل بين يديه بالقتل، ثم ادعى ما يسقط القتل؛ لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة؛ لأن البيّنة منعه عن الإقرار؛ لأن الإنسان لا يقر على نفسه كاذباً بالقتل، فصار الثابت بالإقرار كالثابت معاينة من هذا الوجه، ولو عاين الابن القتل وسعه قتل القاتل؛ كذا ههنا.

فرق بين الإقرار وبين الشهادة، فإنه لو شهد عنده عدلان أن فلاناً قتل أباك عمداً، والابن عرفهما بالعدالة، لا يسع الابن قتله ما لم يشهدا بذلك عند القاضي، ويقضي القاضي بشهادتهما، وفي الإقرار بالقتل قال: وسعه أن يقتله.

والفرق بينهما: أن الشهادة إنما عرفت حجة بخلاف القياس؛ لأنها إقرار على الغير، والإنسان فيما يقر على غيره قد يكذب، فيجب أن لا يكون حجة كالإقرار؛ إلا أنا جعلناها حجة شرعاً؛ بخلاف القياس عند اتصال القضاء بها، فقبل اتصال القضاء لا تكون حجة أصلاً، فلا يثبت المشهود به قبل القضاء من كل وجه، وإنما يثبت من وجه دون وجه، وبدونه لا يحل الاستيفاء، فأما الإقرار فإنما صار حجة موافقاً للقياس؛ لانتفاء تهمة الكذب عنه؛ لأن الإنسان لا يقر على نفسه كاذباً خصوصاً بالقتل، فإذا انتفت التهمة عن الإقرار التحق الإقرار بالمعاينة.

وفرق بين القتل وبين الطلاق في فصل الشهادة، فإنه إذا شهد شاهدان عند المرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً؛ حل لها أن تعتد، وتتزوج بزوج آخر، فقد ألحق الشهادة قبل اتصال القضاء بها بالمعاينة، والإقرار في باب الطلاق، وما ألحقها بالمعاينة، والإقرار في باب القتل والمال، وإنما فعل كذلك؛ لأن في باب القتل دفع الشك في وجوب القصاص من وجهين:

أحدهما: من حيث تهمة الكذب وإن كان الشاهد عدلاً؛ لأنه غير معصوم عن الكذب، وباعتبار الكذب لا يكون المشهود به ثابتاً أصلاً.

والثاني: من حيث إن القتل قد يكون بحق فلا يوجب القصاص، وقد يكون بغير حق، فيوجب القصاص، فلابد من قضاء القاضي حتى تنتفي تهمة الكذب وشبهة الحقية عن القتل به شرعاً.

وكذلك بباب المال يمكن الشك في وجوب الضمان على المشهود عليه من وجهين من حيث تهمة الكذب، ومن حيث إن أخذ مال الغير وإتلافه قد لا يوجب الضمان بأن يكون ذلك بحق، وفي الإقرار الشبهة تمكنت من وجه واحد من حيث إن القتل قد يكون حقاً، وقد يكون غير حق، وإتلاف المال كذلك، أما ما تمكنت فيه الشبهة من حيث الكذب؛ لأن الإنسان لا يقر على نفسه كاذباً، وإذا كان تمكن الشبهة في الإقرار في هذين الفصلين من وجه واحد، وفي الشهادة من وجهين لا يمكن إلحاق الشهادة بالإقرار، وأما في فصل الطلاق تمكنت التهمة في ثبوت الحرمة من وجه، و هو تهمة الكذب، أما ما تمكنت الشبهة من حيث إن الطلاق بعد وقوعه قد يوجب الحرمة وقد لا يوجب، فإن الطلقات الثلاث توجب الحرمة على كل حال، فيمكن إلحاق الشهادة بالإقرار في فصل الطلاق وألحقاها به.

وإن عاين الابن رجلاً قتل أباه عمداً، أو كان الرجل مقراً بذلك سراً عند الابن، ثم شهد عند الابن شاهدان أن أباه قد كان قتل أب هذا الرجل القاتل عمداً، فقتله به، فإنه لا ينبغي للابن أن يقتله.

الأصل في هذا أن كل شهادة لو قامت عند القاضي بعدما ثبت القصاص عند القاضي؛ يقضي القاضي بسقوط القصاص، فإذا قامت عند القاضي، وقضى القاضي بها ثبتت حقيقة السقوط، فإذا لم يتصل بها القضاء، وقد تمت الحجة ثبتت شبهة السقوط إن لم تثبت حقيقة السقوط وإنها مانعة من الاستيفاء، وكل شهادة لو قامت عند القاضي بعدما ثبت القصاص عنده وسع القاضي أن يطلق ولي القصاص في الاستيفاء، وإن تأنىٰ ولبث كان أفضل، فكذا إذا قامت عند الوارث كان الوارث في سعة من الاستيفاء، وإن تأنىٰ ولبث فهو أفضل؛ لأن القتل مما لا يمكن تداركه وتلافيه متى وقع فيه الخطأ، فقد أثبت المشهود به شهادة شاهدين من وجه حتى قال: لا ينبغي للوارث أن يقتله.

وقد قال في كتاب الحدود: إذا شهد أربعة على رجل بالزنا، وهو محصن، والشهود عدول، فقتله رجل قبل القضاء عليه بالرجم كان على القاتل القصاص، ولم يثبت

المشهود به قبل القضاء بوجه ما، وإنما كان كذلك؛ لأن المشهود به في باب الزنا الحد، والحد مما يدرأ بالشبهات، فلا يمكن إيجابها بوجه دون وجه مع الشبهات، والمشهود به ههنا سقوط القصاص، وإنه مما يثبت مع الشبهات، فإنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين، فأمكننا الإثبات من وجه دون وجه.

وكل جواب عرفته في القتل، فهو الجواب في المال في كل موضع يسع الابن استيفاء القصاص إذا عاين الابن القتل، أو أقر القاتل بين يديه، فكذا إذا عاين أخذ المال، أو أقر بين يديه بأخذ المال كان له استيفاء المال.

وفي كل موضع لا يكون للابن استيفاء القصاص بأن شهد عنده عدلان بالقتل، فكذا إذا شهد عنده عدلان بأخذ المال لا يكون له ولاية استيفاء المال، وكل من عاين مع الابن ذلك وسعه إعانة الابن إذا امتنع منه، وإن أبى ذلك على نفسه إذا كان في موضع لا يقدر فيه على السلطان يأخذ بحقه؛ لأنه يمنع ماله بغير حق، فيعتبر بما لو أراد أخذ ماله في الابتداء بغير حق، وهناك كان لصاحب الحق، فإن عاين ذلك المقاتلة معه كذا ههنا.

الفصل الرابع
في الصلاة، والتسبيح، وقراءة القرآن، والذكر، والدعاء ورفع الصوت عند قراءة القرآن والذكر والدعاء

الزيادة على الثمان في صلاة الليل بتسليمة مكروهه، والزيادة على الأربع في صلاة النهار بتسليمة مكروهه؛ لأن السنة في صلاة الليل وردت إلى الثمان، وفي صلاة النهار [٨١ب/ ٢] إلى الأربع، وما وردت بالزيادة، فيكره الزيادة لعدم ورود السنة.

السنة في ركعتي الفجر: أن يأتي بها الرجل في بيته، فإن لم يفعل فعند باب المسجد إذا كان الإمام يصلي في المسجد، وإن لم يمكنه ففي المسجد الداخل إذا كان الإمام في المسجد الخارج، وفي مسجد الخارج إذا كان الإمام في المسجد الداخل، وإن كان المسجد واحداً فخلف أسطوانة أو نحو ذلك، ويكره أن يصلي خلف الصفوف بلا حائل، وأشدها كراهة أن يصلي في الصف مخالطاً للقوم.

وأما السنن التي بعد الفرائض، فلا بأس بالإتيان بها في المسجد، والمكان الذي يصلي الفريضة، والأفضل أن يمشي خطوة أو خطوتين، والإمام يتأخر عن المكان الذي صلى الفريضة فيه لا محالة.

وفي «الجامع الأصغر»: إذا صلى الرجل المغرب في المسجد إن كان يخاف أنه لو رجع إلى بيته يشتغل بشيء فالأفضل أن يصلي في المسجد، وإن كان لا يخاف، فالأفضل أن يصلي في بيته لقوله عليه السلام: «خير صلاة الرجل في المنزل إلا المكتوبة»(١) وفي

---

(١) أخرجه البخاري في الأدب حديث ٦١١٣، ومسلم في المسافرين حديث ٧٨١، وأبو داود في الصلاة حديث ١٤٤٧.

«شرح الآثار» للطحاوي: إن الركعتين بعد الظهر، والركعتين بعد المغرب يؤتى بهما في المسجد، وأما سواهما فلا ينبغي أن يؤتى بها في المسجد، وهذا قول البعض، وبعضهم قالوا: التطوع في المساجد حسن، وفي البيت أفضل، وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب «الصلاة»: أن من فرغ من الفريضة في المسجد في الظهر والمغرب والعشاء، فإن شاء صلى التطوع في المسجد، وإن شاء رجع، فتطوع في منزله.

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وليس قبل العيدين صلاة، وإن شاء تطوع بعد الفراغ من الخطبة، قال القاضي الإمام أبو جعفر ....[1]: كان شيخنا أبو بكر الرازي يقول: معنى قول أصحابنا: وليس قبل العيدين صلاة؛ ليس قبل العيدين صلاة مسنونة؛ لأن الصلاة قبلها مكروهة، وقد نص الكرخي على الكراهة في كتابه، فقال: ويكره إن حضر المصلي يوم العيد التنفل قبل الصلاة.

الصلاة على الجنازة في المسجد الذي تقام فيه الجماعة مكروهة، والأصل فيه ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «من صلى على جنازة في المسجد فلا شيء له»، وفي رواية: «لا أجر»[2]، وقد صح أن رسول الله ﷺ أوصى أن يصلى عليه في بيت عائشة رضي الله عنها مع قرب المسجد، ولو لم تكن الصلاة على الجنازة في المسجد مكروهة ما أوصى بالصلاة في بيت عائشة رضي الله عنها؛ ولأن مساجد الجماعة أعدت لأداء المكتوبات، فلا يقام غيرها فيها، وجرى التوارث في الأمصار بإيجاد مكان على حدة لأداء صلاة الجنازة، و إنه دليل على كراهية أداء صلاة الجنازة في مسجد الجماعات، ولأن تنزيه المساجد عن التلوث واجب، وفي إدخال الميت في المسجد احتمال تلويث المسجد بأن يسيل من الميت شيء.

ثم هذه المسألة على أربعة أوجه؛ إن كانت الجنازة والإمام والقوم في المسجد فالصلاة مكروهة بالاتفاق.

وإن كان الإمام مع بعض القوم، والجنازة خارج المسجد وباقي القوم في المسجد؛ ذكر نجم الدين النسفي في «فتاويه»: أن الصلاة غير مكروهة بالاتفاق، وكثير من مشايخنا ذكروا في هذه الصورة اختلاف المشايخ؛ بعضهم قالوا: يكره، وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني، والشيخ الإمام الزاهد ركن الإسلام الصفار رحمهما الله، وحكي أن هذه الواقعة وقعت في زمن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني، فجلس ولم يصل، وتابعه من كان معه في مسجد الأنباء، ثم زجر الناس على المنبر أشد الزجر، وقال: هذه بدعة، وكان هذا القائل يعتمد المعنى الأول في الوجه الأول. وبعض مشايخنا قالوا: لا تكره الصلاة في هذه الصورة، وكان هذا القائل اعتمد المعنى الثالث في الوجه الأول.

وإن كانت الجنازة وحدها خارج المسجد، والقوم مع الإمام في المسجد فمن اعتبر المعنى الأول يقول بالكراهية ههنا، ومن اعتبر المعنى الثالث لا يقول بالكراهية ههنا.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الجنائز حديث ١٥١٧.

وإن كانت الجنازة وحدها في المسجد والإمام والقوم خارج المسجد، فمن اعتمد المعنى الأول لا يقول بالكراهية ههنا، ومن اعتمد المعنى الثالث يقول بالكراهة ههنا.

ويكره للإنسان أن يدخل في الصلاة وبه غائط أو بول؛ لأنه عسى يشغله ذلك عن أفعال الصلاة، فإن دخل في الصلاة مع ذلك وشغله عن الصلاة قطعها؛ لأنه قطع بعذر، وإن مضى في صلاته جاز، وقد أساء؛ وسواء كان ذلك به قبل افتتاح الصلاة، أو حدث بعد افتتاح الصلاة، ففي الحالين جميعاً يقطع الصلاة إذا شغله ذلك عن بعض أفعال صلاته، وإن مضى على صلاته جاز، وقد أساء.

الصلاة في الحمام مكروهة: إذا كان هناك تماثيل، وإن لم يكن والموضع الذي يصلى فيه طاهر؛ اختلف المشايخ فيه؛ بعضهم قالوا: يكره، وأكثرهم على أنه لا يكره، وكثير من أئمة بخارى كانوا يفعلون ذلك، حكي عن الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد رحمه الله: أنه كان يصلي الفريضة في الحمام بالجماعة مع الخادم وغيره.

وأما الصلاة في موضع جلوس الحمامي فلا شك أن على قول من يقول بعدم الكراهة داخل الحمام لا يكره في موضع جلوس الحمامي، ومن قال بالكراهية داخل الحمام اختلفوا فيما بينهم في الكراهية في موضع جلوس الحمامي؛ وإنما اختلفوا لاختلافهم في علة الكراهية داخل الحمام.

إذا صلى وهو مشدود الوسط لا يكره، ذكره في «مجموع النوازل». ويكره أن يصلي مواجهاً لإنسان؛ لأنه يصير كالمعظم له، ولا بأس بأن يصلي إلى ظهر رجل قاعد يحدث، ومعه قوم يتحدثون؛ لأن الكراهة في الفصل الأول لمعنى التعظيم، ولا تعظيم ههنا، ولأن الناس يصلون الفرائض بالجماعات صفاً صفاً، فتقع صلاة بعض القوم إلى ظهر من قبله، قالوا: وهذا إذا كان حديثهم لا يشوش عليه أمره، فأما إذا كان يشوش فهو مكروه، وعليه يحمل النهي الوارد في هذا الباب.

ولا بأس أن يصلي وبين يديه في القبلة مصحف معلق، أو سيف معلق إذ ليس فيه شبهة العبادة، فإن أحداً لا يعبد المصحف والسلاح، وقد صح أن [٨٢أ/ ٢] رسول الله ﷺ صلى إلى عنزته[1]، ولو كان فيه شبهة العبادة ما صلى إليها.

وتكره الصلاة إلى كانون أو تنور فيه نار تتوقد؛ لأنه تشبه بالمجوسي، ولا تكره الصلاة إلى قنديل أو سراج أو شمع إذ ليس فيه تشبه بالمجوس؛ لأنهم لا يعبدون إلا ناراً متوقداً. ثم من المشايخ من سوى بين أن يكون التنور مفتوح الرأس أو مخبوء، ومنهم من فرق بينهما.

وتكره الصلاة فوق الكعبة؛ قيل: في معنى الكراهة: إن الظهور على سطح الكعبة

---

(١) انظر البخاري في الوضوء باب ٤٠، والصلاة باب ٩٠، ٩٣، والمناقب باب ٢٣، ومسلم في الصلاة حديث ٢٥٢، وأبا داود في الصلاة باب ١٠١، والنسائي في الصلاة باب ١٢، والدارمي في الصلاة باب ١٢٤، وأحمد في المسند ٤/ ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، والعنزة: رميح صغير بين العصا والرمح.

استخفاف بالكعبة؛ ألا ترى أنه يكره الظهور على سطح سائر المساجد، وسقوفها فما ظنك بالكعبة.

وفي «الجامع الصغير»: لو صلى على بساط وفيه تصاوير، ولم يقع سجوده على الصورة لا يكره، ولو وقع سجوده على الصورة يكره؛ لأنه إذا وقع سجوده على الصورة صار المصلي كالمتعبد للصورة، ولا كذلك ما إذا لم يقع سجوده على الصورة، وذكر هذه المسألة في «الأصل» وذكر الكراهية مطلقاً من غير فصل؛ لأن البساط الذي يصلي عليه معظم من بين سائر البسط، فيؤدي إلى تعظيم الصورة، وإذا كانت التصاوير على السقف أو فوق رأس المصلي، أو بين يديه، أو بحذائه على الحائط، أو على الستر أو على الوسادة، والوسادة قائمة أو معلقة يكره، وإن كان التمثال مقطوع الرأس، فليس بتمثال.

يجب أن يعلم بأن الصورة نوعان؛ صورة جماد كالشجر ونحوه، وصورة حيوان، فصورة الجماد لا يكره اتخاذها والصلاة إليها صغيرة كانت أو كبيرة؛ لأن الصلاة إلى مثل هذه الصورة لا تشبه التعبد؛ لأن مثل هذه لا تعبد.

وصورة الحيوان إن كانت صغيرة بحيث لا تبدو للناظر من بعيد لا يكره اتخاذها والصلاة إليها؛ لأن هذا مما لا يعبد، وقد صح أنه كان على خاتم أبي هريرة رضي الله عنه ذبابتان، وكان على خاتم أبي موسى الأشعري كركيان، وكان على خاتم دانيال صلوات الله عليه صورة الأسد، وإن كانت الصورة كبيرة بحيث تبدو للناظر من بعد؛ يكره إمساكها والصلاة إليها؛ لأن إمساك الصورة تشبه بمن يعبد الصنم، والصلاة إليها يشبه تعظيمها وعبادتها فتكره، إلا إذا كانت مقطوعة الرأس، فحينئذٍ لا تكره؛ لأن بدون الرأس لا تعبد، و تفيسر قطع الرأس في هذا الباب أن يمحي رأس الصورة بخيط يخاط عليها، بحيث لا يبقي للأصل أثراً أصلاً، أو يطلي على رأسه شيئاً بحيث لا يبقي للرأس أثراً أصلاً.

وأما إذا خيط ما بين الرأس والجسد، فلا عبرة له، ولا تخرج الصورة به من أن تكون صورة؛ لأنه يصير شبه الطوق، ومن الطيور ما هو مطوق، فلا يخرج به من أن يكون صورة، واختلف المشايخ في رأس الصورة بلا جثة أنه هل يكره اتخاذه والصلاة عنده؟.

ثم الكراهة في الصورة في حق المصلي على التفاوت بعضها فوق بعض، فأشدها كراهة ما يكون على القبلة أمام المصلي، ودونه في الكراهة ما يكون فوق رأس المصلي، ودونه ما يكون خلفه على الحائط، أو على الستر أو على الوسادة، واتخاذ الصورة في البيوت.

والنبات في غير حالة الصلاة على نوعين؛ نوع يرجع إلى تعظيمها فيكره، ونوع يرجع إلى تحقيرها فلا يكره، وعن هذا قلنا: إذا كانت الصورة على البساط مفروشاً لا يكره، وإذا كان البساط منصوباً يكره، وقلنا في حق المصلي على البساط الذي فيه صورة؛ إن كانت الصورة في موضع القدم لا تكره، وإن كانت في موضع السجود تكره.

مع هذا إذا صلى في هذه الوجوه لا يحكم بفساد صلاته لاستجماع شرائطها وأركانها، ولكن ينبغي أن يقال: تجب بالإعادة على غير وجه الكراهة، وكذلك الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة؛ هكذا ذكره القاضي الإمام صدر الإسلام رحمه الله، وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله نحو ما ذكره صدر الإسلام في مسألة أخرى.

وصورتها: إذا صلى خلف إمام يلحن في القراءة؛ ينبغي أن يعيد الصلاة، وكان يروى ذلك عن عمر رضي الله عنه، وكثير من هذا النوع مذكور في كتاب الصلاة، وكان يروى: أنه لو صلى مكشوف الرأس، وهو يجد ما يستر به الرأس؛ إن كان تهاوناً بالصلاة يكره؛ وللتضرع يستحب.

مسائل التسبيح

رجل ذكر الله تعالى في مجلس الفسق، فإن كان من نيته أن الفساق يشتغلون بالفسق، وأنا أشتغل بالتسبيح، فهو أحسن وأفضل؛ كمن سبح الله تعالى في السوق، فكان من نيته أن الناس يشتغلون بأمر الدنيا، وأنا أسبح الله تعالى في مثل هذا الموضع؛ كان أفضل من أن يسبح الله تعالى وحده في السوق، وإن سبح على وجه الاعتبار كان حسناً، ويؤجر على ذلك أيضاً؛ أما إذا سبح على أنه يعمل عمل الفسق يأثم؛كمن جاء إلى آخر يشتري منه ثوباً، فلما فتح التاجر الثوب سبح الله تعالى، أو صلى على النبي عليه السلام؛ أراد به إعلام المشتري جودة ثوبه وذلك مكروه، فهذا كذلك.

حارس يقول: لا إله إلا الله، أو قال فقاعي عند فتح الفقاع: لا إله إلا الله، أو قال: صلى الله على محمد يأثم؛ لأنه يأخذ لذلك ثمناً بخلاف العالم إذا قال في مجلس العلم: صلوا على النبي، أو قال الغازي للقوم: كبروا، حيث يثاب.

رجل يسمع اسم الله تعالى يجب عليه أن يعظمه، ويقول: سبحان الله، أو تبارك الله؛ لأن تعظيم اسم الله واجب في كل زمان.

مسائل قراءة القرآن

قال محمد رحمه الله في كتاب «العلل»: لا بأس بقراءة القرآن في الحمام، وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وكره النخعي قال مشايخنا: ولا خلاف في الحقيقة؛ لأن النخعي إنما كره ذلك إذا كان يرفع صوته بالقراءة؛ لأنه يقرأ القرآن عند قوم مشاغيل، فلا يسمعون له، فيكون استخفافاً بالقرآن، وعندنا يكره إذا كانت الحالة هذه، وعن هذا كره بعض مشايخنا التصدق على . . .(١) الذي يقرأ القرآن في السوق زجراً له عن ذلك؛ لأنه يقرأ عند قوم مشاغيل، فكره التصدق عليه زجراً وتأديباً له، والتسبيح والتحميد نظير القراءة، ورأيت في «فوائد الفقيه أبي جعفر»: أن قراءة القرآن في الحمام، أو في

---

(١) بياض بالأصل.

المغتسل، أو في موضع ينصب فيه الماء الذي غسل به النجاسة مكروه؛ سواء كان خفية أو جهراً؛ لأن هذا يؤدي إلى الاستخفاف بالقرآن؛ أما إذا قرأ القرآن خارج الحمام في موضع ليس فيه غسالة الناس؛ نحو مجلس صاحب الحمام أو الثيابي فقد اختلف علماؤنا فيه قال أبو حنيفة: لا يكره ذلك، وقال محمد: يكره، وليس عن أبي يوسف رواية [٨٢ب/ ٢] منصوصة.

وفي «الواقعات»: لا يقرأ القرآن في المخرج والمغتسل والحمام إلا حرفاً حرفاً، وفي «النوازل»: أنه يكره حرفاً حرفاً، والأول أصح.

وفي «الفتاوى»: قراءة القرآن في القبور عند أبي حنيفة رضي الله عنه تكره، وعند محمد لا تكره، قال الصدر الشهيد رحمه الله: ومشايخنا أخذوا بقول محمد، وحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله: أن القراءة على المقابر إذا أخفى، ولم يجهر لا تكره، ولا بأس به، وإنما كره قراءة القرآن في المقبرة جهراً، وأما المخافتة، فلا بأس به وإن ختم، وقيل إن نوى أن يؤنسه بصوته يقرأ، وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ رحمه الله حكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم أنه قال: لا بأس بأن يقرأ على المقابر سورة الملك؛ سواء أخفى أو جهر، وأما غيرها، فإنه لا يقرأ في المقابر، ولم يفرق بين الجهر والخفية؛ لأن الأثر فيه ورد، وحكي عن أبي بكر بن أبي سعيد أنه قال: يستحب عند زيارة القبر قراءة سورة الإخلاص: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ [الإخلاص: ١] سبع مرات، فإنه بلغني أنه من قرأها سبع مرات إن كان ذلك غير مغفور له يغفر له، وإن كان مغفوراً له غفر لهذا القارىء، ووهب ذنوبه من الميت.

ولا بأس بقراءة القرآن إذا وضع جنبه على الأرض لقوله تعالى: ﴿وَعَلَىٰ جُنُوبِهِمْ﴾ [آل عمران: ١٩١]، ولكن ينبغي أن يضم رجله عند القراءة، ويكره أن يتخذ شيئاً من القرآن حتماً لشيء من الصلاة؛ لا يتجاوز عنه إلى غيره؛ لكن هذا إذا اعتقد أن غيره لا يجوز، أما إذا عرف أنه يجوز لكن هذا أيسر عليه، وقرأ متبركاً بقراءة رسول الله عليه السلام، فلا بأس.

في كراهية «شرح الطحاوي»: قراءة القرآن من الأسباع جائزة، والقراءة من المصحف أحب؛ لأن الأسباع محدثة، والصحابة كانوا يقرؤون من المصاحف. رجل يقرأ القرآن كله في يوم واحد، ورجل آخر يقرأ سورة الإخلاص في يوم واحد خمسة آلاف مرة، فإن كان الرجل قارئاً فقراءة القرآن أفضل؛ لأنه جاء في الختم ما لم يجىء في غيره.

إذا قال: بسم الله الرحمن الرحيم، وأراد به قراءة القرآن يتعوذ قبله، وإن أراد به افتتاح القرآن كما يقرأ التلميذ على الأستاذ لا يتعوذ، فعلى هذا لا ينبغي للجنب أن يقول: بسم الله الرحمن الرحيم إذا أراد قراءة القرآن، وإن أراد به التسمية أو افتتاح القراءة لا بأس به.

عن محمد بن مقاتل فيمن أراد قراءة سورة أو قراءة آية، فعليه أن يستعيذ بالله من الشيطان الرجيم، ويتبع ذلك بسم الله الرحمن الرحيم، فإن استعاذ لسورة الأنفال وسمى،

ومر في قراءته إلى سورة التوبة وقرأها كفاه ما تقدم من الاستعاذة والتسمية، ولا ينبغي له أن يخالف الذين ألفوا وكتبوا المصاحف التي في أيدي الناس، فإن اقتصر على ختم سورة الأنفال، فقطع القراءة، ثم أراد أن يبتدىء سورة التوبة كان كإرادته ابتداء قراءة آية من الأنفال، فيستعيذ ويسمي.

وكذلك سائر السور المعلمة في حالة الحيض تعلم الصبيان حرفاً حرفاً، أي: كلمة كلمة، ولا تعلمهم آية تامة؛ لأن الضرورة تندفع بالأول، والمسقط هي الضرورة. قراءة الفاتحة بعد المكتوبة لأجل المهمات مخافته أو جهراً مع الجمع مكروهة، وكذلك قراءة الكافرون مع الجمع مكروهة؛ لأنها بدعة لم ينقل عن الصحابة، وعن التابعين رضوان الله عليهم أجمعين. القارىء إذا سمع النداء، فالأفضل له أن يمسك ويستمع النداء.

القارىء إذا سمع اسم النبي ﷺ؛ لا تجب عليه الصلاة؛ لأن قراءة القرآن على نظمه وتأليفه أفضل من الصلاة على النبي عليه السلام، فإذا فرغ من قراءته، إن صلى على النبي عليه السلام فحسن، وإن لم يصلِّ فلا شيء عليه.

في «فتاوى أهل سمرقند»: ورأيت في «فوائد الفقيه أبي جعفر»: أن الرجل إذا كان يقرأ القرآن ويؤذن المؤذن؛ روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه يرد جواب المؤذن بقلبه، وعن محمد: أنه يمضي على القراءة، ولا يلتفت إليه ولا يشغل قلبه، كما لا يشغل لسانه.

مسائل الدعاء

روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: يكره للرجل أن يقول في دعائه: اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك يروى هذا اللفظ بروايتين: بمعقد العز من عرشك عن العقد، وبمقعد العز من عرشك من القعود، فبالرواية الثانية لا شك في الكراهة؛ لأنه وصف الله تعالى بما لا يليق به، وهو القعود والتمكن على العرش، وهو قول المجسمة. وأما في اللفظ الأول؛ فلأنه يوهم تعلق عزه بالعرش، وأن عزه حادث إذا تعلق بالحادث، والله تعالى متعالٍ عن صفة الحدث، وعن أبي يوسف أنه لا يكره؛ قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وبه نأخذ، فقد جاء في الحديث عن رسول الله عليه السلام أنه كان يقول: «اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك، واسمك الأعظم وجدك الأعلى، وكلماتك التامة»[1].

ويكره أيضاً: أن يقول الرجل في دعائه: اللهم إني أسألك بحق أنبيائك ورسلك؛ لأنه لا حق لأحد من المخلوقين على الله تعالى. وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لا ينبغي لأحد أن يدعو الله إلا به. ويكره أن يقول: أدعوك بمقعد العز من

---

(١) روي الحديث بلفظ: «اللهم إني أسألك بمعاقد العز...» أخرجه الفتني في تذكرة الموضوعات ٥١، والزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٧٢، ٢٧٣، والزبيدي في إتحاف السادة المتقين ٥/ ٤٤، والمنذري في الترغيب والترهيب ١/ ٤٧٧.

عرشك قال ثمة: والدعاء المأذون فيه، والمأثور به ما استفيد من قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ ٱلْأَسْمَآءُ ٱلْحُسْنَىٰ فَٱدْعُوهُ بِهَا﴾ [الأعراف: ١٨٠]، وإنما كره بمقعد العز من عرشك؛ لأنه لا يدعوه به.

قال ثمة أيضاً: وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يصلي أحد على أحد إلا على النبي، وهو قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس به، وإن ذكر غير النبي على أثر النبي في الصلاة، فلا بأس به بلا خلاف، ويكره الدعاء عند ختم القرآن في شهر رمضان، وعند ختم القرآن بجماعة؛ لأن هذا لم ينقل عن النبي عليه السلام وأصحابه؛ قال الفقيه أبو القاسم الصفار: لولا أن أهل هذه البلدة قالوا: إنه يمنعنا من الدعاء، وإلا لمنعتهم عنه.

المصلي لا يدعو بما يحضره من الدعاء، بل ينبغي أن يدعو في صلاته بدعاء محفوظ؛ لأنه يخاف أن يجري على لسانه ما يشبه كلام الناس، فتفسد به صلاته؛ أما في غير حالة الصلاة ينبغي أن يدعو بما يحضره، ولا يستظهر الدعاء؛ لأن حفظ الدعاء يذهب برقة القلب.

رجل يدعو وهو ساه، فإن كان دعاؤه على الرقة، فهو أفضل، وإن لم يمكنه أن يدعو إلا وهو ساه، فالدعاء له أفضل من تركه؛ [٨٣أ/ ٢] لأن وسعه ذلك.

إذا دعى المذكر على المنبر دعاءً مأثوراً، والقوم يدعون معه كذلك، فإن كان ليعلم القوم فلا بأس، ولو لم يكن ليعلم القوم فهو مكروه؛ لأنه بدعة.

الكافر إذا دعا هل يجوز أن يقال يستجاب دعاؤه؟ ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»: فيه اختلاف المشايخ؛ بعضهم قالوا منهم أبو الحسن .... [1]. إنه لا يجوز؛ لأنه لا يدعو الله تعالى؛ لأنه لا يعرفه؛ وهذا لأنه وإن أقر به، إلا أنه لما وصفه بما لا يليق به فقد رفض إقراره، والذي روي في الحديث «أن دعوة المظلوم وإن كان كافراً تستجاب»[2]؛ معناه إن صح: كافر النعمة؛ لا كافر الديانة، هذا كقوله عليه السلام: «من ترك الصلاة متعمداً فقد كفر»[3] معناه: كفر كفران النعمة؛ لا كفران الديانة، وبعضهم قالوا: منهم أبو القاسم الحكيم، وأبو نصر الدبوسي: يجوز، واستدلوا بقوله تعالى حكاية عن إبليس: ﴿قَالَ أَنظِرْنِىٓ إِلَىٰ يَوْمِ يُبْعَثُونَ ﴿١٤﴾ قَالَ إِنَّكَ مِنَ ٱلْمُنظَرِينَ﴾ [الأعراف: ١٤، ١٥] وهذه إجابة، قال الصدر الشهيد: وهو الصحيح.

ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير» عن الحسن رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ «كان يكره رفع الصوت عند قراءة القرآن وعند الجنائز»[4]، وعن قيس بن عباد،

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) روي الحديث بلفظ: «اتقوا دعوة المظلوم وإن كان كافراً فإنه ليس دونه حاجب» أخرجه أحمد في المسند ٣/ ١٥٣.

(٣) أخرجه الترمذي في الإيمان حديث ٢٦٢١، والنسائي في الصلاة حديث ٤٦٣، وابن ماجه في الإقامة حديث ١٠٧٩.

(٤) أخرجه بنحوه السيوطي في الدر المنثور ٣/ ١٨٩.

ويروي عبادة أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يكرهون رفع الصوت عند الجنائز والذكر، ففي حديث الحسن ذكر قراءة القرآن مقام الذكر، ولا تنافي بينهما، فاسم الذكر اسم عام يتناول الدعاء والتسبيح والتهليل، ويتناول الوعظ وقراءة القرآن فإن قراءة القرآن ذكر، بل هو أشرف الأذكار، قال الله تعالى: ﴿وَلَذِكْرُ ٱللَّهِ أَكْبَرُ﴾ [العنكبوت:٤٥] قال ابن عباس أي: ولتلاوة القرآن أكبر.

فأما رفع الصوت عند الجنائز فيحمل: أن المراد منه النوح وتمزيق الثياب، وخمش الوجوه، وذلك مكروه، ويحتمل أن المراد منه: أن يقوم رجلُ، بعدما اجتمع القوم للصلاة، ويدعو للميت، ويرفع صوته، وذلك مكروه؛ لأن السنة في الأدعية الخفية، ويحتمل: أن المراد منه ما كان عليه أهل الجاهلية من الإفراط في مدح الميت عند جنازته حتى كانوا يذكرون ما هو سببه المحال، وأما رفع الصوت عند الذكر، فإن كان المراد من الذكر الدعاء، فإنما كره ذلك؛ لأن الأصل في الأدعية الخفية، ولأن فيه رياء، ولأجل هذا كره رفع الصوت بالتسبيح والتهليل.

وإن كان المراد منه الوعظ، فليس المراد رفع الواعظ صوته عند الوعظ، وإنما المراد رفع بعض القوم صوته بالتهليل والصلاة على النبي عند ذكره. وقد صح أنه قيل لابن مسعود رضي الله عنه: إن قوماً اجتمعوا في مسجد يهللون ويصلون على النبي عليه السلام، ويرفعون أصواتهم، فذهب إليهم ابن مسعود، وقال: ما عهدنا هذا على عهد رسول الله، وما أراكم إلا مبتدعين، فما زال يذكر ذلك حتى أخرجهم من المسجد.

وإن كان المراد قراءة القرآن، فإنما كره رفع الصوت بها؛ لأنه ينافي الخشوع، ولأن فيه رياءً، ولأن فيه منع غيره عن شغله، فإنه يلزمه الاستماع، وقيل: المراد منه المستمع؛ يعني أن المستمع إذا سمع آية فيها ذكر النار، فتعوذ بالله من النار، ورفع صوته، وذلك مكروه، أو القارىء ينقل ذلك، ويرفع بها صوته، وذلك مكروه لما ذكرنا أن السنة في الأدعية الخفية، ومن قال من المشايخ: إن ختم القرآن بالجماعة جهراً يسمى بالفارسية؛ «سي ياره خواندن» مكروه، تمسك بالحديث الذي رواه الحسن، ولما روى قيس عن أصحاب رسول الله عليه السلام؛ إن كان المراد من الذكر قراءة القرآن، والمعنى ما ذكرنا.

المسائل المتفرقات من هذا الفصل: إذا أراد أن يصلي أو يقرأ القرآن، ويخاف أن يدخل عليه الرياء؛ لا يترك القراءة والصلاة لأجل ذلك، وكذا في جميع الفرائض، ولو افتتح الصلاة يريد بها وجه الله، ثم دخل الرياء بعد ذلك في قلبه، فالصلاة على ما أسس؛ لأن التحرز عن هذا غير ممكن.

ولا بأس للجنب أن يكتب القرآن إذا كانت الصحيفة على الأرض، ولا يضع يده عليها. وقال محمد رحمه الله: أحب إلي أن لا يكتب إن كانت الصحيفة على الأرض، ولا يضع يده عليها، والآية وما دونها في تحريم الكتابة سواء على رواية محمد؛ لأن الكتابة بمنزلة القراءة، والآية وما دونها في تحريم القراءة سواء على رواية محمد، فكذا الكتابة.

رجل تعلم بعض القرآن، ثم وجد فراغاً فتعلم باقي القرآن، أفضل من صلاة التطوع، وتعلم الفقه أفضل من تعلم باقي القرآن. الرجل إذا أمكنه أن يصلي بالليل، وينظر في النهار في العلم فعل ذلك، وإن لم يمكنه، فإن كان له ذهن يعقل الزيادة وتعلم، فالنظر في العلم أفضل، فقد جاء في الحديث عن النبي عليه السلام؛ قال: «مذاكرة العلم ساعة خير من إحياء ليلة»[(١)].

المرأة إذا أرادت تعلم القرآن من الأعمى جاز، ولكن التعلم من المرأة أولى؛ لأن صوتها عورة.

قالوا: من أراد أن يقرأ القرآن ينبغي أن يكون على أحسن أحواله، يلبس أحسن ثيابه ويتعمم، ويستقبل القبلة، تعظيماً للقرآن، وكذا العالم يجب أن يعظم العلم.

وسئل شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله؛ أن الاشتغال بالدعاء بعد الفريضة أولى، أو الاشتغال بالسنة؟ قال: الاشتغال بالسنة.

رجل يصلي على الأرض، ويسجد على خرقة وضعها بين يديه يتقي به الحر لا بأس به، وقد روي أن أبا حنيفة رضي الله عنه فعل ذلك، فمر به رجل فقال: يا شيخ لا تفعل مثل هذا فإنه مكروه، فقال أبو حنيفة: أفي مساجدكم حشيش قال: نعم، قال: أتجوز السجدة على الحشيش، ولا تجوز على الخرقة.

رجل أم قوماً وهم له كارهون؛ إن كانت الكراهية لفساد فيه، أو لأنهم أحق بالإمامة منه كره له أن يؤمهم، هكذا روى الحسن البصري عن أصحاب رسول الله عليه السلام، وإن كان هو أحق بالإمامة منهم ولا فساد فيه، مع هذا يكرهون إمامته لا يكره له أن يؤمهم.

الترجيع بقراءة القرآن هل يكره؟ تكلم المشايخ فيه قال بعضهم: لا بأس به لقوله عليه السلام: «زينوا القرآن بأصواتكم»[(٢)]، وقال عليه السلام: «ليس منا من لم يتغن بالقرآن»[(٣)]، وقال أكثرهم: هو مكروه، ولا يحل الاستماع إليه؛ لأن فيه تشبهاً بفعل الفسقة في حال فسقهم، ولهذا كره هذا النوع في الأذان.

رجل قرأ القرآن ويلحن في قراءته، فسمع إنسان إن علم أنه لو لقنه الصواب لا تدخل عليه الوحشة يلقنه.

قالوا: يجب على المولى أن يعلم مملوكه من القرآن قدر ما يحتاج إليه.

إذا سال الدم من أنف إنسان، فكتب فاتحة الكتاب [٨٣ب/ ٢] بالدم على أنفه، وجبهته جاز للاستشفاء والمعالجة، ولو أراد أن يكتب ذلك بالبول؛ لم ينقل ذلك عن

---

(١) أخرجه الخطيب البغدادي في الفقيه والمتفقّه ١/ ١٦، والسيوطي في تدريب الراوي ٢/ ١٥٢.

(٢) أخرجه أبو داود في الصلاة حديث ١٤٦٨، والنسائي في الافتتاح حديث ١٠١٥، وابن ماجه في الإقامة حديث ١٣٤٢.

(٣) أخرجه البخاري في التوحيد حديث ٧٥٢٧.

المتقدمين، وقد قيل: لا بأس به إذا علم أن فيه شفاء؛ وهذا لأن الحرمة تسقط عند الاستشفاء على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإذا أراد المصلي التعوذ، فالذي هو موافق للقرآن أعوذ بالله من الشيطان الرجيم، ولو قال: أعوذ بالله العظيم، أعوذ بالله السميع العليم؛ لأنه يصير فاصلاً بين التعوذ، وبين القراءة، وينبغي أن تكون القراءة متصلة بالتعوذ.

الفصل الخامس
في المسجد والقبلة والمصحف وما كتب فيه شيء من القرآن، نحو الدراهم والقرطاس، أو كتب فيه ذكر الله تعالى

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: ولا بأس بأن ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب؛ قوله لا بأس يدل على أن المستحب غيره، وهو الصرف إلى الفقراء؛ إلا أنه إن فعل لا يأثم ولا يزجر عليه، ومن العلماء من قال: إن نقش المسجد قربة حسنة، ومن العلماء من قال: هو مكروه.

حجة من قال: إنه مكروه قوله عليه السلام: «من أشراط الساعة نقوش المساجد»[1]، وعن علي رضي الله عنه أنه مر بمسجد مزخرف، فقال: لمن هذه البيعة. وعن عمر بن عبد العزيز أنه لما رأى مالاً ينقل إلى مسجد المدينة قال: المساكين أحوج إلى هذا من الأساطين.

وجه من قال إنه قربة، ما روي أن داود عليه السلام بنى مسجد بيت المقدس، ثم سليمان صلوات الله عليه أتمه بعده وزينه حتى نصب الكبريت الأحمر على رأس القبة، وكان ذلك من أعز ما يوجد في ذلك الوقت، ولأن فيه ترغيب الناس في الاعتكاف والجماعة، وفيه تعظيم بيت الله تعالى.

والأصح على قول علمائنا رحمهم الله أنه ليس بقربة؛ إلا أنه لا يكره؛ أما ليس بقربة فإن مسجد رسول الله بالمدينة كان مسقفاً من جريدة النخل حيطانه من الحجر، فقيل لرسول الله: ألا نزيد لك، فقال: «لا بل عريش كعريش موسى صلوات الله عليه»[2]، وكان يكف إذا حل به المطر، قال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: رأيته يسجد في ماء وطين، فدل أنه ليس بقربه، إلا أنه لا بأس به لما روينا من الأحاديث، ولما روي أن عثمان رضي الله عنه رفع بناء مسجد رسول الله عليه السلام، وزاد فيه وزينه، وفرش الحصا فيه على هداية القوم فدل أنه لا بأس به، وكره بعض مشايخنا القوس على المحراب وحائط القبلة؛ لأن ذلك يشغل قلب المصلي إذا نظر فيه، وروي أنه أهدي إلى رسول الله عليه السلام ثوب معلم فصلى فيه، ثم نزعه فقال: «كان يشغلني علمه عن

---

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة حديث ٤٤٨.
(٢) أخرجه الدارمي في المقدمة حديث ٣٨.

بعض صلاتي»[1]، وذكر الفقيه أبو جعفر في «شرح السير الكبير»: أن تنقيش الحيطان مكروه، قل ذلك أو كثر، وأما تنقيش السقف، فالقليل منه يرخص والكثير مكروه.

قال محمد رحمه الله: وأكره أن تكون قبلة المسجد إلى المخرج أو الحمام أو القبر. يجب أن تعلم بأن جهة القبلة جهة يجب تعظيمها، والتحرز عن الاستخفاف بها، جاء عن النبي عليه السلام «نهى أن يبزق الرجل في جهة القبلة»[2]، وإذا كان يقرب القبلة أنجاس وأرجاس فذلك استخفاف بالقبلة، وعن هذا قلنا إن من صلى وقدامه عذرة أو بول يكره.

ثم تكلم المشايخ في معنى قول محمد: أكره أن تكون قبلة المسجد إلى الحمام؛ قال بعضهم: لم يرد به حائط الحمام، وإنما أراد به المستحم هو الموضع الذي نصب فيه الحميم، وهو الماء الحار؛ لأن ذلك موضع الأنجاس، واستقبال الأنجاس في الصلاة مكروه على ما تقدم ذكره، فأما إذا استقبل حائط الحمام فلم يستقبل الأنجاس، وإنما استقبل الحجر والمدر، فلا يكره.

وكذلك تكلموا في معنى قوله: أكره أن تكون قبلة المسجد إلى المخرج، قال بعضهم: أراد به نفس المخرج، وقال بعضهم: أراد به حائط المخرج، وتكلموا أيضاً في معنى الكراهة إلى القبر، قال بعضهم: لأن فيه تشبهاً باليهود، وقال بعضهم: لأن في المقبرة عظام الموتى، وعظام الموتى أنجاس وأرجاس هذا كله إذا لم يكن بين المصلي وبين هذه المواضع حائط أو سترة، أما إذا كان لا يكره، ويصير الحائط فاصلاً، وإذا لم يكن بين المصلي وبين هذه المواضع سترة، فإنما يكره استقبال هذه المواضع في مسجد الجماعات أما في مساجد البيوت لا يكره إذ ليس لمساجد البيوت حكم المساجد على الإطلاق؛ ألا ترى أنه يدخله الجنب من غير كراهة، ويأتي فيه أهله ويبيع ويشتري من غير كراهة.

قال محمد رحمه الله: وتكره المجامعة والبول فوق المسجد؛ لأن لسطح المسجد حكم المسجد، وهذا لما عرف أن حكم المسجد ثابت في الهواء والعرصة جميعاً، ولهذا قلنا: من قام على سطح المسجد مقتدياً بإمام في المسجد، وهو خلف الإمام يجوز، والمعتكف إذا صعد سطح المسجد لا ينتقض اعتكافه، ولا يحل للجنب والحائض والنفساء صعود سطح المسجد، فعلم أن لسطح المسجد حكم المسجد، ثم لا تجوز المجامعة والبول في المسجد، فكذا فوقه.

قال محمد رحمه الله: ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد، يريد المكان المعد للصلاة؛ وهذا لأن كل مسلم مندوب إلى أن يتخذ في بيته مسجداً، ليصلي فيه النوافل والسنن، وقد فعل رسول الله عليه السلام ذلك في بيت جماعة، وقال الله تعالى في قصة

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.
(٢) أخرجه بنحوه البخاري في المواقيت حديث ٥٣١.

موسى عليه السلام: ﴿وَٱجۡعَلُواْ بُيُوتَكُمۡ قِبۡلَةً﴾ [يونس:٨٧] وقال عليه السلام: «لا تتخذوا بيوتكم قبوراً»[1]، وأراد به أن لا يكون فيه مكان الصلاة، فثبت أن كل مسلم مندوب إلى أن يعد في بيته مكاناً يصلي فيه؛ إلا أن هذا المكان لا يأخذ حكم المسجد على الإطلاق؛ لأنه باق على ملكه له أن يبيعه، فهو كما لو بال على سطح بيت فيه مصحف، وذلك لا يكره، فكذا ههنا.

والمجامعة والبول في الموضع المعد لصلاة الجنازة لا ذكر له في الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه؛ بعضهم قالوا: يكره؛ لأنه موضع أعد لإقامة الصلاة فيه بجماعة، فيكره البول والمجامعة فيه، كما في الجامع والمساجد التي على قوارع الطرق عند الحياض، وبعضهم قالوا: لا يكره، وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي، ألا ترى أنه لابأس بإدخال الميت، وقد أمرنا بتجنيب المساجد الموتى بخلاف الجامع؛ لأنه أعظم المساجد، والمساجد على القوارع لها حرمة المسجد على الإطلاق.

وفي «فتاوى أبي الليث» مصلى الجنازة له حكم المسجد في حق جواز الاقتداء عند انفصال الصفوف، وحرمة دخول الجنب فيه [٨٤أ/ ٢] وبعض مشايخنا قالوا: الجواب في حق جواز الاقتداء صحيح، أما في حق دخول الجنب والمرتد فيه لا يعطى له حكم المسجد رفقاً بالناس.

قال: ويكره لأهل المسجد أن يغلقوا باب المسجد؛ لأن المسجد أعد لذكر الله تعالى فيه قال الله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرۡفَعَ وَيُذۡكَرَ فِيهَا ٱسۡمُهُۥ﴾ [النور:٣٦]، فإذا أغلقوا باب المسجد فقد منعوا عن الصلاة والذكر فيه، فدخلوا تحت قوله تعالى: ﴿وَمَنۡ أَظۡلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذۡكَرَ فِيهَا ٱسۡمُهُۥ﴾ [البقرة:١١٤] قال مشايخنا: وهذا في زمانهم، أما في زماننا، فلا بأس بإغلاق أبواب المساجد في غير أوان الصلاة؛ لأنه لا يؤمن على متاع المسجد وبنائه وحصره من قبل السارق؛ لأن الغلبة في زماننا لأهل الفسق والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس، ألا ترى أن النساء كن يحضرن الجماعة في عهد رسول الله ﷺ، ثم منعن ذلك لفساد أحوال الناس، وهو الصواب كذا في مسألتنا.

وفي «الأجناس»: رجل بنى مسجداً في أرض غصب؛ لا بأس بالصلاة فيه، وفي «أمالي أبي يوسف»: لا ينبغي لأحد أن يصلي فيه، ولو جعله طريقاً لا يمر فيه، ولو بنى حانوتاً أو حماماً لا يستأجر الحمام والحانوت وله أن يدخل فيه لشراء المتاع.

الطريق إذا كان واسعاً، فبنى فيه أهل المسجد مسجداً للعامة، ولا يضر ذلك بالطريق، فلا بأس به، وإن أراد أهل المحلة أن يدخلوا في دورهم شيئاً من الطريق ولا يضر ذلك بالعامة ليس لهم ذلك، نص عليه في «العيون». وفي «فتاوى أبي الليث:» مسجد بني على سور المدينة، فلا ينبغي أن يصلى فيه. علل الصدر الشهيد رحمه الله فقال: ؛ لأن السور للعامة، فصار كما لو بنى مسجداً في أرض الغصب، وإنه يخالف ما حكيناه عن «الأجناس».

---

(١) أخرجه أبو داود في المناسك حديث ٢٠٤٢، وابن ماجه في الإقامة حديث ١٣٧٧.

وفي «الأجناس:» لا بأس بالنوم في المسجد، وفي «الأصل»: لا بأس للمعتكف أن يبيت في المسجد. وفي صلاة «الأثر» قال: سأل محمداً عن دكان اتخذ للمسجد من المسجد وبينه طريق وهو بادٍ من المسجد اتخذ ليصلى عليه في الحر، أيضاعف الأجر بالصلاة عليه كما يضاعف بالصلاة في المسجد؟ قال: نعم.

في «فتاوى أهل سمرقند»: لا بأس بمسح الرجل في التراب الذي في المسجد إذا كان مجتمعاً، وكذا بالحصير المحرق والحشيش المجتمع، وأما إذا كان التراب منبسطاً قال الصدر الشهيد: المختار ما قاله أبو القاسم الصفار؛ لأنه لا . . . .[1] ذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلاة في باب الوضوء والغسل بقريب من آخره ما يفعل في زماننا من وضع البواري في المسجد ومسح الأقدام عليها فهو مكروه عند الأئمة أجمع.

البزاق في المسجد لا يلقى فوق البواري ولا تحت البواري للحديث: «إن المسجد . . .[1] من النخامة»[2] الحديث، وينبغي أن يأخذ النخامة بكمه أو بشيء من ثيابه، وإن اضطر إلى ذلك كان الإلقاء فوق البواري أولى من الإلقاء تحت البواري؛ لأن البواري ليست من المسجد حقيقة، وإن كان لها حكمه، وما تحت البواري من المسجد حقيقة.

وفي كراهية «العيون»: إذا كان في المسجد عش الخطاف ويقذر المسجد لا بأس بأن يرمى بما فيه؛ لأن فيه تنقية المسجد.

وفي «النوازل»: لا يتخذ في المسجد بئر الماء، وما كان قديماً كبئر زمزم يترك، كذلك إذا ضاق المسجد على أهله، وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه منه بالقيمة كرهاً، هكذا روي عن الصحابة أنهم فعلوا بالمسجد الحرام.

الخياط إذا كان يخيط الثوب في المسجد يكره ذلك لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه رأى خياطاً يخيط في المسجد، فأمر به فأخرج من المسجد، وكذا الوراق إذا كان يكتب في المسجد بأجر يكره، فعلى هذا الفقهاء إذا كانوا يكتبون الفقه بالأجر في المسجد يكره، وإن كان بغير أجر لا؛ لأنه إذا كان بأجر، فهو عمل العبد، والمسجد ما بني لذلك؛ لأنه بيت الله تعالى، هذه الجملة من «فتاوى أبي الليث».

وفي كراهية «العيون»: معلم جلس في المسجد، أو وراق كتب في المسجد، فإن كان المعلم يعلم بأجر، والوراق يكتب لغيره بأجر يكره إلا أن تقع لهما الضرورة، ويكره أن يجعل . . .[3]. في كاغد فيه اسم الله تعالى؛ بخلاف الكيس يكتب فيه اسم الله؛ لأن الكيس يعظم أما الكاغد، والقرطاس فيستهان.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) لفظ الحديث بتمامه: «إن المسجد لينزوي من النخامة» أخرجه الزبيدي في إتحاف السادة المتقين ٢/ ٧٥، والقرطبي في تفسيره ١٢/٢٦٦، والعجلوني في كشف الخفاء ١/ ٢٩٥، وابن ماجه حديث ٦٤٥، والمتقي الهندي في كنز العمال ٢٠٨٢٥.

(٣) بياض بالأصل.

معلم معه خريطة فيها كتب من أخبار النبي ﷺ، أو كتب أبي حنيفة رضي الله عنه أو غيره، فتوسد بالخريطة، إن قصد الحفظ لا يكره، إذ ليس فيه ترك التعظيم، وإن لم يقصد الحفظ يكره؛ لأن فيه ترك التعظيم.

روي عن إبراهيم النخعي رضي الله عنه أنه قال: المصحف لا يورث، إنما هو للقارىء من الورثة، وعندنا يورث كسائر الأموال، إلا أنه لا قطع فيه؛ لأن المقصود ما فيه وهو القرآن.

سئل الفقيه أبو جعفر عمن كان في كمه كتاب، فجلس يبول؛ أيكره ذلك؟ قال: إن أدخله مع نفسه المخرج يكره، وإن اختار لنفسه مبالاً طاهراً في مكان طاهر؛ لا يكره، وعلى هذا إذا كان في بيته دراهم مكتوب فيها اسم الله تعالى، أو شيء من القرآن، أو كان في هميانه دنانير كتب فيها اسم الله تعالى، أو شيء من القرآن، فأدخلها مع نفسه المخرج يكره، وإن أعد لنفسه مبالاً طاهراً في مكان طاهر لا يكره، وعلى هذا إذا كان عليه خاتم، وعليه شيء من القرآن مكتوب، أو كتب عليه اسم الله تعالى، فدخل المخرج معه أو أعد لنفسه مبالاً في مكان طاهر.

وعنه أيضاً: فيمن غرس الأشجار في المسجد؛ إن كان يفعل ذلك للظل؛ لا بأس، وإن كان يفعل ذلك لبيع الأوراق أو لمنفعة أخرى يكره إذا كانت تضيق على الناس مسجدهم لصلاتهم، أو يقع فيه تفريق الصفوف، قال: بلغنا أن عمر رضي الله عنه قطع شجرة كانت في قرب الكعبة، وكانت تضيق على القوم في طوافهم، ورأيت مسألة الأغراس في المسجد في موضع آخر، وكان جواب المسألة ثمة أنه إن كان للمسجد فيها نفع لا بأس به، وما لا فلا، ونفع المسجد أن يكون المسجد إذا ترك وأساطينه لا يستقر، فيغرس الأشجار ليجذب ذلك عروقها، وإن كان كذلك تجوز، وما لا فلا؛ وهذا لأن غرس الأشجار في المسجد تشبيه له بالبيعة، فلا يجوز ذلك إلا لحاجة، قالوا: ومشايخ بخارى إنما جوزوا ذلك في جامع بخارى لهذه الحاجة.

ولا يمس الجنب المصحف، ولا اللوح المكتوب عليه آية تامة من القرآن، والحائض كالجنب، والمحدث يساويهما في حكم المسح، ويفارقهما في القراءة.

والوجه في ذلك: أن الجنابة تشمل الفم واليد والحيض كذلك، ولهذا يجب إيصال الماء إلى الفم في الغسل عن الحيض والجنابة، فلا يجوز [٨٤ب/ ٢] المس له كما لا يجوز لهما القراءة، وأما الحدث يحل باليد أما لا يحل بالفم، ولهذا لا يجب إيصال الماء إلى الفم في الوضوء عن الحدث، فيقرأ ولا يمس، فإن غسل الجنب الفم أو اليد، وأراد أن يقرأ القرآن، أو يمس المصحف لا يحل له ذلك، وكذلك المحدث إذا غسل اليد، وأراد أن يأخذ المصحف ليس له ذلك؛ لأن الجنابة لا تتجزأ ثبوتاً وزوالاً، والحدث كذلك. وكما لا يحل لهؤلاء مس الكتابة، لا يحل لهم مس البياض.

وإن مس المصحف بغلافه لا بأس به، والغلاف الجلد الذي عليه؛ المتصل به عند بعض المشايخ، وعند بعضهم المنفصل عنه كالخريطة ونحوها؛ لأن المتصل بالمصحف

من المصحف؛ ألا ترى أنه يدخل تحت بيع المصحف من غير ذكر، وإن مس المصحف بكمه أو ذيله لا يجوز عند بعض المشايخ؛ لأن ثيابه تبع لبدنه، ألا ترى أنه لو قام على النجاسة في الصلاة وفي رجليه نعلان أو جوربان لا تجوز صلاته، ولو فرش نعليه، وقام عليهما جاز، وعن هذا قالوا: إذا بسط الرجل كمه على النجاسة، وسجد عليه لا يجوز، وأكثر المشايخ على أنه لا يكره؛ لأن المحرم هو المس، وإنه اسم للمباشرة باليد من غير حائل، ألا ترى أن المرأة إذا وقعت في طين وردغة حل للرجل الأجنبي أن يأخذ بيدها من غير حائل ثوب، وكذا لا تثبت حرمة المصاهرة بالمس بحائل.

ويكره للجنب ومن بمنعاه مس كتب التفاسير، وكذا يكره مس كتب الفقه، وما هو من كتب الشريعة؛ لأنها لا تخلو عن آيات القرآن، أو إن لم يكن فيها آيات القرآن فيها معنى القرآن، والمشايخ المتأخرون توسعوا في مس كتب الفقه للمحدث بالحكم للضرورة والبلوى، وكره بعض مشايخنا دفع المصحف واللوح الذي عليه القرآن إلى الصبيان، وعامة المشايخ لم يروا به باساً؛ لأنهم غير مخاطبين بالوضوء، وفي التأخير تضييع حفظ القرآن.

وإذا صار المصحف خلقاً بحيث لا يقرأ منه لا يحرق؛ إليه أشار محمد رحمه الله في «السير» في باب ما يوجد من الغنيمة، فيكره قسمته، وبه نأخذ، ولا يكره دفنه، ومن أراد دفنه ينبغي أن يلفه بخرقة طاهرة، ويحفر لها حفرة ويلحد ولا يشق؛ لأنه متى شق ودفن يحتاج إلى إهالة التراب عليه، وفي ذلك نوع تحقير واستخفاف بكتاب الله تعالى، وإن شاء غسله بالماء حتى يذهب ما به، وإن شاء وضعه في موضع طاهر لا تصل إليه يد المحدثين، ولا تصل إليه النجاسة تعظيماً لكلام الله تعالى، تصغير المصحف حجماً وأن يكتب بقلم دقيق مكروه.

في كراهية «واقعات الناطفي»: ويكره مد الرجلين إلى القبلة في النوم وغيره عمداً، وكذلك يكره مد الرجلين إلى المصحف، وإلى كتب الفقه لما فيه من ترك تعظيم جهة القبلة، وكلام الله تعالى، ومعاني كلام الله تعالى، وإذا كان للرجل جوالق، وفيها مراسم مكتوب فيها شيء من القرآن، أو كان في الجوالق كتب الفقه، أو كتب التفسير أو المصحف، فجلس عليها أو نام، فإن كان من قصده الحفظ فلا بأس، وقد مر جنس هذا فيما تقدم، وإذا كتب اسم الله تعالى على كاغدة، ووضع تحت . . .[1] يجلسون عليها، فقد قيل: يكره، وقد قيل: لا يكره؛ قال: ألا ترى أنه لو وضع في البيت لا بأس بالنوم على سطحه؛ كذا ههنا، وإذا حمل المصحف أو شيء من كتب الشريعة على دابة في جوالق، وركب صاحب الجوالق على الجوالق؛ لا يكره.

ومما يتصل بهذا الفصل

المجاورة بمكة وقد كرهها أبو حنيفة رضي الله عنه؛ روى هشام عنه: أنه كره الجوار بمكة، قال: ؛ لأنها ليست بأرض هجرة، وروى الحسن عنه: أنه كره الجوار بمكة

---

(١) بياض بالأصل.

والمقام بها، وكان يقول: هاجر رسول الله عليه السلام منها. ذكر هشام في «نوادره» عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم؛ قال: أكره إجارة بيوت مكة في أيام الموسم، وأرخص فيها في غير أيام الموسم، وهكذا روى هشام عن محمد عن أبي حنيفة رضي الله عنهم قال: وكان يقول لهم أن ينزلوا عليهم في دورهم إذا كان لهم فضل، وإذا لم يكن فلا، قال هشام: وإنما قال: لهم أن ينزلوا في دورهم لقوله تعالى: ﴿سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِۚ﴾ [الحج:٢٥]، وإنما فرق أبو حنيفة رضي الله عنه بين أيام الموسم، وغيرها في كراهية الإجارة؛ لأن في أيام الموسم يزدحم الخلق، وتقع الضرورة في النزول في مساكنهم، فأنزل منازلهم كالمملوك للنازلين من وجه نظراً ومرحمة لهم، وبعد أيام الموسم ترتفع الضرورة، فيعاد إلى الأصل.

ثم هذه المسألة دليل على صحة أمر إجارة البناء بدون الأرض؛ لأن الإجارة ههنا لا ترد على الأرض عند أبي حنيفة رضي الله عنه كالبيع، وإنما ترد على البناء، وقد رخص فيها في غير أيام الموسم.

الفصل السادس
في سجدة الشكر

روي عن إبراهيم النخعي رضي الله عنه: أنه كان يكره سجدة الشكر، وعن محمد أن أبا حنيفة كان لا يراها شيئاً، ويستحبها قال محمد: وقد جاء فيها غير حديث، وتكلم المتقدمون في معنى قول محمد، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه لا يراها شيئاً؛ بعضهم قالوا: معناه لا يراها قربة، وهكذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء، وفي «القدوري» معناه كان لا يراها مسنوناً، وهو قريب من الأول، وبعضهم قالوا: معناه لا يراها شكراً تاماً، فتمام الشكر أن يصلي ركعتين كما فعل رسول الله ﷺ يوم فتح مكة، ولم يذكر محمد رحمه الله قول أبي يوسف في شيء من الكتب وذكر القاضي الإمام الزاهد ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله في «شرح كتاب السير» قول أبي يوسف رحمه الله مع محمد رحمه الله، احتج بما روي أن رسول الله ﷺ مر برجل به زمانة فسجد، وأمر أبا بكر وعمر رضي الله عنهما فسجدا، وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه لما أتاه فتح اليمامة سجد، وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: السجود ركن من أركان الصلاة مفرداً، فلا يتقرب بها إلى الله تعالى على الانفراد تطوعاً قياساً على القيام المفرد، والركوع المفرد، وأما ما روي من الأحاديث قلنا: يحتمل أن المراد من السجدة المذكورة فيها الصلاة، فأهل الحجاز يسمون الصلاة سجدة، قال الله تعالى: ﴿يَٰمَرْيَمُ ٱقْنُتِى لِرَبِّكِ وَٱسْجُدِى﴾ [آل عمران:٤٣] أي صلي، وإذا جاز تسمية الصلاة سجدة احتمل أن يكون المراد من الحديث الصلاة، فلا يكون حجة مع الاحتمال.

وبعض المتأخرين من مشايخنا قالوا: لم يرد محمد رحمه الله بقوله، وأما أبو حنيفة: فكان لا يراها شيئاً، نفي شرعيتها قربة، وإنما أراد به نفي وجوبه كذا ههنا، فعلى

قوله ههنا يرتفع الخلاف. ولو أتى بها إنسان لا يكون مكروهاً.

وجه الكراهة على قول النخعي وأبي حنيفة رضي الله عنهما على ما ذكره «القدوري»: أنه لو فعلها من كان منظوراً إليه، وظن ظان أنه واجب [٨٥أ/ ٢] أو سنة متبعة عند حدوث نعمة فقد أدخل في الدين ما ليس منه، وقد قال عليه السلام: «من أدخل في الدين ما ليس منه فهو مكروه»(١).

الفصل السابع
في المسابقة

قال محمد رحمه الله: ولا بأس بالمسابقة بالأفراس ما لم يبلغ غاية لا يحتملها الفرس؛ جاء في الحديث: تسابق رسول الله ﷺ، وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما، فسبق رسول الله، وصلى أبو بكر وثلث عمر، معنى قوله صلى أبو بكر: أنه كان راش دابة أبي بكر عند صلاة دابة رسول الله وهو الذنب، وكذلك لا بأس بالمسابقة بالإبل والرمي لحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال: «لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر»(٢)، والمراد بالحافر الفرس، والمراد بالنصل الرمي، والمراد من الخف الإبل.

فإن شرطوا لذلك جعلاً، فإن شرطوا الجعل من الجانبين فهو حرام.

وصورة ذلك: أن يقول الرجل لغيره: تعال حتى نتسابق، فإن سبق فرسك، أو قال: إبلك أو قال: سهمك أعطيك كذا، وإن سبق فرسي، أو قال: إبلي، أو قال: سهمي أعطني كذا، وهذا هو القمار بعينه؛ وهذا لأن القمار مشتق من القمر الذي يزداد وينقص، سمي القمار قماراً؛ لأن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه، ويستفيد مال صاحبه، فيزداد مال كل واحد منهما مرة وينتقص أخرى، فإذا كان المال مشروطاً من الجانبين كان قماراً، والقمار حرام، ولأن فيه تعليق تمليك المال بالخطر، وإنه لا يجوز.

وإن شرطوا الجعل من أحد الجانبين، وصورته: أن يقول أحدهما لصاحبه إن سبقتني أعطيك كذا، وإن سبقتك فلا شيء لي عليك، فهذا جائز استحساناً، والقياس أن لا يجوز.

وجه القياس: أن المال إذا كان مشروطاً من أحد الجانبين؛ إن كان لا يتمكن فيه معنى القمار؛ لأن المشروط له المال لا يذهب ماله بحال من الأحوال، والقمار أن يكون واحد من المقامرين بحال يجوز أن يذهب ماله، ويجوز أن يستفيد مال صاحبه لما ذكرنا

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٢) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٥٧٤، والترمذي في الجهاد حديث ١٧٠٠، والنسائي في الخيل حديث ٣٥٨٥، وابن ماجه في الجهاد حديث ٢٨٧٨.

من اشتقاق القمر، إلا أن فيه تعليق تمليك المال بالخطر، وإنه لا يجوز، ألا ترى أن الاستباق فيما عدا هذه الأشياء الثلاثة نحو البغال والحمير لا يجوز، وإن كان المال مشروطاً من أحد الجانبين إنما لم يجز؛ لأن فيه تعليق تمليك المال بالخطر.

وجه الاستحسان: ما روينا من حديث أبي هريرة؛ ووجه الاستدلال به: أن النبي عليه السلام نفى السباق عاماً بقوله: «لا سبق»، واستثنى الأشياء الثلاثة بقوله: «إلا في خف أو نصل أو حافر»، والاستثناء من النفي إثبات، ومن التحريم إباحة، وليس المراد من الحديث ما إذا لم يكن المال مشروطاً أصلاً، فإن الاستباق بدون شرط المال جائز في الأشياء كلها، وليس المراد ما إذا كان المال مشروطاً من الجانبين؛ لأن ذلك قمار، والقمار حرام بالإجماع وبنص التنزيل، فكان المراد ما إذا كان المال مشروطاً من أحد الجانبين، والنص الوارد في الأشياء الثلاثة إذا كان مشروطاً من أحد الجانبين لا يكون وارداً فيما عدا الأشياء الثلاثة؛ لأن فيما عدا الأشياء الثلاثة نص آخر بخلافه، وهو قوله: «لا سبق» نفى السبق عاماً، واستثنى الأشياء الثلاثة ففيما عدا الأشياء الثلاثة ينتفي السبق بالنفي العام، ولأن الأشياء الثلاثة من آلات الحراب، وللناس إلى المخاطرة والرهان في حاجة حتى يتعلموا الفروسية والرمي، فأما ما عدا الأشياء الثلاثة فليس من آلات الحراب، ولا حاجة إلى الرهان في ذلك، وكذلك النص الوارد في الأشياء الثلاثة إذا كان المال مشروطاً من أحد الجانبين لا يعتبر وارداً فيما إذا كان المال مشروطاً من الجانبين، فالمانع فيه شيئان: القمار، وتمليك المال بالخطر، وإذا كان المال مشروطاً من أحد الجانبين، فالمانع فيه شيء واحد، وهو تمليك المال بالخطر، والجواز عند قلة المانع لا يدل على الجواز عند كثرة المانع.

ثم إذا كان المال مشروطاً من الجانبين، فأدخلا بينهما ثالثاً، وقالا للثالث: إن سبقتنا فالمالان، وإن سبقناك فلا شيء لنا، يجوز استحساناً لانتفاء معنى القمار في حق الثالث، وهو مروي عن سعيد بن المسيب.

ثم إذا أدخلا ثالثاً، فإن سبقهما الثالث استحق المالين، وإن سبقا الثالث إن سبقاه معاً فلا شيء لواحد منهما على صاحبه؛ لانعدام شرط وجوب المال فيما بينهما، وهو سبق أحدهما على صاحبه، وإن سبقاه على التعاقب، فالذي سبق صاحبه يستحق المال على صاحبه لوجود الشرط في حقه، وصاحبه لا يستحق المال عليه، لانعدام الشرط في حق صاحبه.

قال محمد رحمه الله في «الكتاب»: إدخال الثالث إنما يكون حيلة للجواز إذا كان الثالث يتوهم أن يكون سابقاً ومسبوقاً، فأما إذا كان يتيقن بأنه يسبقهما لا محالة، أو يتيقن أنه يصير مسبوقاً لا يجوز؛ لأن القياس أن لا يجوز، وإن انتفى معنى القمار في حقه لما فيه من تعليق تمليك المال بالخطر؛ إلا أنا جوزناه بخلاف القياس بالنص، وهو ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «من أدخل فرساً بين فرسين، فإن كان يأمن أن يسبق، فلا خير فيه، وإن كان لا يأمن أن يسبق، فلا بأس به»[1]، فالحديث أفاد الجواز

بشرط أن يتوهم أن يكون الثالث سابقاً ومسبوقاً، وما ثبت نصاً بخلاف القياس يراعى فيه جميع الشرائط التي ورد بها النص.

ولم يذكر محمد في «الكتاب» المخاطرة في الاستباق على الأقدام، ولا شك أن المال إذا كان مشروطاً من الجانبين فإنه لا يجوز، وإن كان مشروطاً من أحد الجانبين يجب أن يجوز لحديث الترمذي فإن كانت المسابقة من أصحاب رسول الله ﷺ في الخيل والركاب والأرجل، ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة الجسم كما يحتاجون إلى رياضة الدواب.

وحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل أنه إذا وقع الاختلاف بين المتفقهين في مسألة، فأراد الرجوع إلى الأستاذ، ويشترط أحدهما لصاحبه إن كان الجواب كما قلت؛ أعطيتك كذا، وإن كان الجواب كما قلت فلا آخذ منك شيئاً؛ ينبغي أن يجوز على قياس الاستباق على الأفراس.

وكذلك إذا قال واحد من المتفقهة لمثله: تعال حتى نطارح المسائل، فإذا أصبتَ وأخطأتُ أعطيك كذا، وإن أصبتُ وأخطأتَ، فلا آخذ منك شيئاً يجب أن يجوز؛ لأن في الأفراس إنما جوز ذلك حثاً على تعلم الفروسية، فيجوز ههنا أيضاً حثاً على تعلم الفقه؛ لأن كل ذلك [٨٥ب/ ٢] يرجع إلى تقوية الدين وإعلاء كلمة الله تعالى، وبه أخذ الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله.

الفصل الثامن
في السلام، وتشميت العاطس

ذكر في «النوازل»: إذا أتى إنسان باب دار غيره، يجب أن يستأذنه، ثم إذا دخل يسلم، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُواْ بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُواْ وَتُسَلِّمُواْ عَلَىٰٓ أَهْلِهَاۚ﴾ [النور:٢٧] والمراد بالاستئناس الاستئذان لأمر الله تعالى به، أما الاستئذان قبل السلام، وهذا في البيوت، أما في الفضاء يسلم أولاً ثم يتكلم لقوله عليه السلام: «من كلم قبل السلام فلا تجيبوه»(١).

وإذا قال السائل على الباب: السلام عليكم لا يجب رد السلام؛ لأن هذا ليس بسلام تحية بل هو شعار لسؤالهم، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إذا مررت على قوم، فسلم عليهم، وإذا سلمت عليهم وجب عليهم رد السلام، والأصل في وجوب رد السلام قول الله تعالى: ﴿فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآۗ﴾ [النساء:٨٦].

واختلفوا في أن أيهما أفضل أجراً؟ قال بعضهم: الراد أفضل أجراً؛ لأن رد السلام

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٥٧٩، وابن ماجه في الجهاد حديث ٢٨٧٦.

(٢) أخرجه العجلوني في كشف الخفاء ١٤٨٣.

واجب، والسلام ابتداءً ليس بواجب، ولا شك أن الآتي بالواجب أفضل أجراً، وقال بعضهم: المسلم أفضل أجراً؛ لأنه سابق، فالسابق له فضل السبق، والأفضل للمسلم أن يقول: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، والمجيب كذلك يرد، ولا ينبغي أن يزاد على البركات شيء، قال ابن عباس رضي الله عنهما: «لكل شيء منتهى، ومنتهى السلام البركات».

ويسلم الماشي على القاعد، والصغير على الكبير، والراكب على الماشي، ويسلم الذي يأتيك من خلفك، وإذا التقى الرجلان ابتدرا بالسلام؛ نقل ذلك عن عطاء رضي الله عنه. قال الحسن: قوم يستقبلون قوماً، يبدأ الأقل بالأكثر، وقد قيل: ابتدروا، وفي حديث يزيد بن وهب عن النبي عليه السلام قال: «يسلم الراكب على الماشي، ويسلم الذي يأتيك من خلفك، والماشي على القاعد، والقليل على الكثير»[١].

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إذا دخل جماعة على قوم، فإن تركوا السلام، فكلهم آثمون في ذلك، وإن سلم واحد منهم جاز عنهم جميعاً، وإن سلم كلهم، فهو أفضل، وإن تركوا الجواب فكلهم آثمون وإن رد واحد منهم أجزأهم، به ورود الأثر، وهو اختيار الفقيه أبو الليث، وإن أجاب كلهم، فهو أفضل، وقال بعض المشايخ: يجب الرد على الكل، ولا نأخذ به، وينبغي للمجيب إذا رد جواب السلام أن يُسمع المسلم؛ حتى لو لم يسمعه لا يكون جواباً، ولا يخرج عن العهدة، ألا ترى أن المسلّم إذا سلم ولم يسمع لا يكون جواباً، فإن كان المسلم أصم ينبغي أن يريه تحريك شفتيه، وكذلك في جواب العطسة.

وينبغي للمسلم إذا سلم على غيره أن يسلم بلفظ الجماعة؛ لأن المخاطب تكون معه الملائكة، وكذلك المجيب إذا رد الجواب ينبغي أن يذكر بلفظ الجماعة؛ لما قلنا.

وفي «النوازل»: رجل جالس مع قوم؛ سلم عليه رجل، وقال: السلام عليك، فرده بعض القوم ينوب ذلك عن الذي سلم عليه المسلم، ويسقط عنه الجواب، يريد به ما إذا أشار ولم يسم؛ علل فقال: ؛ لأن قصده التسليم على الكل، ويجوز أن يشار إلى الجماعة بخطاب الواحد؛ هذا إذا لم يسم ذلك الرجل، فأما إذا سماه، فقال: السلام عليك يا زيد، فأجابه غير زيد، لا يسقط الفرض عن زيد، وإن لم يسم، فأشار إلى زيد يسقط؛ لأن قصده التسليم على الكل ولكن يريده زيادة.

في «فتاوى أهل سمرقند»: حكي عن الفقيه أبي جعفر أن بعضاً من العلماء من أصحاب أبي يوسف رحمه الله كان إذا مر في السوق لم يقل: السلام عليكم، ولكن قال: سلام الله عليكم، فقيل له في ذلك، فقال: التسليم تحية، وإجابة التحية فرض، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء: ٨٦] فإذا لم يجيبوني

---

(١) أخرجه البخاري في الاستئذان حديث ٦٢٢٢، ومسلم في السلام حديث ٢١٦٠، والترمذي في الاستئذان حديث ٢٧٠٣.

لزمني الأمر بالمعروف، فأما سلام الله تعالى عليهم دعاء ليس بتسليم فلا يلزمهم شيء، ولا يلزمني الأمر بالمعروف، فأختار سلام الله تعالى، لهذا اختلف المشايخ في التسليم على الصبيان، قال بعضهم: لا يسلم عليهم، وهو قول الحسن؛ وهذا لأن رد السلام فرض، والصبي لا تلزمه الفرائض، فلا يلزمه رد السلام، فلا يسلم عليه لهذا، وقال بعضهم: التسليم عليهم أفضل، وهو قول شريح، قال الفقيه: وبه نأخذ، وقد روي عن أنس بن مالك خادم رسول الله ﷺ أنه قال: كنت مع الصبيان إذ جاء رسول الله، وسلم علينا[1].

وأما التسليم على أهل الذمة، فقد اختلفوا فيه أيضاً؛ قال بعضهم: لا بأس به لما روي عن أبي إمامة الباهلي رضي الله عنه أنه قال: «أمرنا رسول الله عليه السلام بإفشاء السلام على كل مسلم ومعاهد»[2]، وقال بعضهم: لا يسلم عليهم لما روى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تبدؤوا اليهود والنصارى بالتسليم»[3]، وعن علي رضي الله عنه أنه قال: لا يسلم على اليهود والنصارى والمجوس، وهذا إذا لم يكن للمسلم حاجة إلى الذمي، وإن كان له حاجة، فلا بأس بالسلام عليه؛ لأن النهي عن السلام عليه لتوقيره، ولا توقير للذمي إذا كان السلام لحاجة. ويكره مصافحة الذمي؛ لأن فيه توقير الذمي، ولا بأس برد السلام على أهل الذمة، ولكن لا يزاد على قوله: وعليكم، روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي عليه السلام أنه قال: «إن اليهود إذا سلموا عليكم فقولوا: وعليكم»[4]، قال الفقيه أبو الليث: إذا مررت بقوم وفيهم كفار؛ فأنت بالخيار؛ إن شئت قلت: السلام عليكم، وتريد به المسلمين، وإن شئت قلت: السلام على من اتبع الهدى، قال مجاهد: إذا كتبت إلى اليهودي، وإلى النصراني في حاجة، فاكتب: السلام على من اتبع الهدى.

وإذا دخل الرجل بيته يسلم على أهل بيته، وإن لم يكن في البيت أحد يقول: السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، رواه سعيد عن قتادة.

وإذا مر الرجل بالقارىء، فلا ينبغي أن يسلم عليه؛ لأنه يشغله عن قراءة القرآن، فإن سلم مع ذلك تكلموا فيه، واختار الصدر الشهيد رحمه الله أنه يجب عليه الرد، وهكذا حكى اختيار الفقيه أبي الليث؛ بخلاف السلام وقت الخطبة، هكذا ذكر رحمه الله في «واقعاته»، ورأيت في «فوائد» الفقيه أبي جعفر: إذا سلم رجل على الذي يصلي، أو يقرأ القرآن؛ روي عن أبي حنيفة أنه يرد السلام بقلبه، وعن محمد أنه يمضي على

(١) أخرجه أحمد في المسند حديث ١٣٣٧٣.
(٢) روي الحديث بلفظ: «افشوا السلام وأطعموا الطعام وصلوا الأرحام...» أخرجه بهذا اللفظ الترمذي حديث ١٨٥٤، وابن ماجه حديث ١٣٣٤، ٣٢٥١، ٣٢٥٢، وأحمد في المسند ١/٤٥١.
(٣) أخرجه مسلم في السلام حديث ٢١٦٧، والترمذي في السير حديث ١٦٠٢.
(٤) أخرجه البخاري في الاستتابة حديث ١٩٢٨، ومسلم في السلام حديث ٢١٦٤، وابن ماجه في الأدب حديث ٣٦٩٩.

القراءة، ولا يشغل قلبه كما لا يشتغل لسانه.

وفي «الأصل»: لا ينبغي للقوم أن يشمتوا العاطس ولا أن يردوا السلام [٨٦أ/ ٢] يعني وقت الخطبة، وفي صلاة «الأثر» روى محمد عن أبي يوسف: أنهم يردون السلام، ويشمتون العاطس، وتبين بما ذكر في صلاة «الأثر»، أن ما ذكر في «الأصل» قول محمد.

قالوا: الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في هذا بناءً على أنه إذا لم يرد السلام في الحال؛ هل يرد بعد الفراغ من الخطبة؟ على قول محمد: يرد، وعلى قول أبي يوسف: لا يرد، ولما كان من مذهب محمد الرد بعد الفراغ لو اشتغل برد السلام يفوته الاستماع، ولو اشتغل بالسماع يتأخر رد السلام ولا يفوت، والتأخير أهون من التفويت، وعند أبي يوسف لما كان يمكنه الرد بعد الفراغ لو لم يرد السلام في الحال يفوته الرد أصلاً، ولو رد يفوته الاستماع في البعض، ولا شك أن تفويت البعض أهون من تفويت الكل.

وإذا دخل القاضي المسجد، فلا ينبغي له أن يسلم على أحد الخصمين، ولو سلم على الخصوم تسليماً عاماً، فقد اختلف المشايخ فيه؛ بعضهم قالوا: له ذلك، وبه أخذ الخصاف؛ لأن السلام سنة متبعة، ولا يجوز ترك السنة بسبب تقلد العمل، وهذا القائل يقول بأن الأمير أو الوالي إذا دخل المسجد ينبغي أن يسلم، لا يسعه تركه للمعنى الذي ذكرنا، ومنهم من قال: الأولى أن لا يسلم، وهذا القائل يقول في الوالي والأمير أيضاً: إن الأولى لهما إذا دخلا المسجد أن لا يسلما؛ وهذا لأنهم إذا سلموا ترتفع الهيبة وتقل الخشية، ومبنى أمر هؤلاء على الهيبة والخشية، فلا يسلموا حتى تبقى الهيبة والخشية، هذا هو الكلام في وقت دخول المسجد، فأما إذا دخل القاضي المسجد، وجلس ناحية منه لفصل الخصومات؛ لا ينبغي له أن يسلم على الخصوم، ولا ينبغي للخصوم أن يسلموا عليه، أما القاضي؛ لأنه جلس لفصل الخصومة، فلا يشتغل بغيره، فأما الخصوم لا يسلمون؛ لأن السلام تحية الزائرين، والخصوم ما أتوه لأجل الزيارة، إنما أتوه لأجل الخصومة، هكذا ذكر الخصاف في «أدب القاضي».

بعض مشايخنا قاسوا الولاة والأمراء على القاضي، فقالوا: إذا جلس الوالي والأمير في المسجد أو في بيته، فلا يسلم على الرعية، والرعية لا يسلمون عليه؛ قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: الصحيح هو الفرق بين القضاة، وبين الأمراء والولاة، فالرعية يسلمون على الأمراء والولاة، والخصوم لا يسلمون على القضاة.

والفرق: أن السلام تحية الزائرين، والخصوم ما تقدموا إلى القاضي زائرين، فأما الرعية تقدموا إلى الأمير والوالي زائرين.

فعلى قول هذا الفرق لو جلس القاضي للزيارة، فالخصوم يسلمون عليه، ولو جلس الأمير لفصل الخصومة، فالخصوم لا يسلمون عليه، ولو سلم الخصوم على القاضي بعدما جلس ناحية من المسجد للقضاء، فلا بأس بأن يرد عليهم السلام، وهذا إشارة إلى أنه لا يجب عليه رد السلام؛ وهذا لأن الرد جواب السلام، والسلام إنما يستحق الجواب إذا كان في أوانه، أما إذا كان في غير أوانه فلا؛ ألا ترى أن من سلم على المصلي لا

يستحق الجواب؟ وإنما لا يستحق الجواب لما قلنا.

حكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله أنه كان يقول: من جلس لتعليم تلامذته، فدخل عليه داخل وسلم، وسعه أن لا يرد؛ لأنه جلس للتعليم لا لرد السلام، فلا يكون السلام في أوانه، وكذلك كان يقول فيمن جلس للذكر، أي ذكر كان فدخل عليه داخل وسلم عليه، وسعه أن لا يرد؛ لأنه جلس للذكر لا لرد السلام، فلا يكون السلام في أوانه.

قال في كتاب «العلل»: ولا بأس بالسلام على أهل الحمام؛ وإن كانوا عراة؛ لأن ظاهر قوله عليه السلام: «وأفشوا السلام»[1] مطلق لا فصل فيه بين شخص وشخص، وإن ترك ذلك بطريق التأديب، والزجر لهم حتى لا يفعلوا مثل ذلك، فلا بأس به. وكذلك على هذا السلام على الذي يلعب بالشطرنج، وهذا إذا كان اللعب بالشطرنج للتلهي؛ أما إذا كان لشحذ الخاطر لا بأس بالتسليم عليه؛ لأن من التابعين من لعب به، وهو الشعبي هكذا قالوا، وكتب في . . . . .[2] لم يرَ أبو حنيفة رضي الله عنه بالتسليم على من يلعب بالشطرنج بأساً ليشغله ذلك عما هو فيه، وكره أبو يوسف ذلك تحقيراً لهم.

ذكر محمد رحمه الله في باب الجعائل من «السير» حديثاً يدل على أن من بلغ إنساناً سلاماً عن غائب كان عليه أن يرد الجواب على المبلغ أولاً، ثم على ذلك الغائب؛ وهذا لأن المبلغ هو المسبب لوصول السلام إليه، والمسبب إلى الخير كالمباشر له، ولو أنه باشر السلام عليه استحق الرد، فكذا إذا سبب، أو نقول: الغائب محسن إليه بالسلام، والمبلغ بالتبليغ، فكان عليه أن يجازيهما. وفي «البقالي» عمن قال لآخر: أقرىء فلاناً السلام؛ يجب عليه أن يفعل.

تشميت العاطس

إذا عطس الرجل خارج الصلاة، فينبغي أن يحمد الله تعالى، فيقول: الحمد لله رب العالمين، أو يقول: الحمد لله على كل حال، ولا يقول غير ذلك، وينبغي لمن حضره أن يقول: يرحمك الله، ويقول له العاطس: يغفر الله لنا ولكم، أو يقول: يهديكم الله ويصلح بالكم، ولا يقول غير ذلك، وقد عرف في كتاب الصلاة أن المصلي إذا قال عند عطسة غير المصلي: الحمد لله، لا تفسد صلاته وإن أراد به الجواب، ولو قال: يرحمك الله؛ تفسد صلاته.

ولو عطس ثلاث مرات ينبغي أن يحمد الله في كل مرة، ولمن حضره أن يشمته ما بينه وبين ثلاث مرات، فإن زاد على الثلاث فالعاطس يحمد الله؛ أما من حضره، فبالخيار؛ إن شاء شمته، وإن شاء لم يشمته كل ذلك حسن، وعن محمد أن من عطس

---

(١) أخرجه مسلم في الإيمان حديث ٥٤، والترمذي في الأطعمة حديث ١٨٥٤، وأبو داود في الأدب حديث ٥١٩٣.

(٢) بياض بالأصل.

مراراً يشمت في كل مرة، فإن أخر يكفيه مرة واحدة، فإذا عطست المرأة فلا بأس بتشميتها؛ إلا أن تكون شابة، وإذا عطس الرجل فشمتته المرأة، فإن كانت عجوزاً يرد الرجل عليها، وإن كانت شابة يرد في نفسه، والجواب في هذا كالجواب في السلام.

الفصل التاسع
فيما يحل للرجل النظر إليه، وما لا يحل، وما يحل له مسه، وما لا يحل

يجب أن تعلم بأن مسائل النظر تنقسم إلى أربعة أقسام: نظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة، ونظر المرأة إلى الرجل، ونظر الرجل إلى المرأة [٨٦ب/ ٢].

أما بيان القسم الأول فنقول: يجوز أن ينظر الرجل إلى الرجل، إلا إلى عورته، وعورته ما بين سرته حتى يجاوز ركبته، والأصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده؛ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «عورة الرجل ما دون سرته حتى تجاوز ركبته»[1]، والتعامل في الحمام في إزار واحد من غير نكير منكر، ومثل هذا التعامل حجة في الشرع.

وكان أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي يقول: إن السرة عورة؛ لأنها إحدى حدي العورة فتكون عورة كالركبة، بل أولى؛ لأنها في معنى الاشتهاء فوق الركبة، وحجتنا في ذلك حديث عمرو بن شعيب على ما روينا عن عمر رضي الله عنه: أنه كان إذا اتزر أبدى عن سرته، والتعامل الظاهر فيما بين الناس: أنهم إذا دخلوا الحمام، أبدوا عن سرتهم عند الاتزار من غير نكير منكر، ومثل هذا التعامل حجة، وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل يقول: ما دون السرة إلى موضع نبات الشعر ليس بعورة، لتعامل بعض الناس في الإبداء عن ذلك الموضع عند الإتزار، ولكن هذا بعيد، فإن التعامل إنما يعتبر فيما لا نص فيه، دون السرة نص على ما روينا، وما جاز النظر إليه جاز مسه؛ لأن ما ليس بعورة فمسه والنظر إليه على السواء، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأما بيان القسم الثاني: فنقول: نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل؛ لأن المرأة لا تشتهي المرأة؛ كما لا يشتهي الرجل الرجل، فكما جاز للرجل النظر إلى الرجل؛ فكذا يجوز للمرأة النظر إلى المرأة.

وأما بيان القسم الثالث: فنقول: نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي تنظر إلى جميع جسده إلا ما بين سرته حتى تجاوز ركبته؛ لأن السرة فما فوقها وما تحت الركبة من الرجل ليس بعورة، وما ليس بعورة فالنظر إليه مبلغ الرجال والنساء جميعاً.

---

(١) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٩٦، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٩١٠٠.

وأشار في «الكتاب» إلى أنها لا تنظر إلى ظهره وبطنه؛ لأن لهم النظر عند اختلاف الجنس، ألا ترى أنه لا يحل للمرأة غسل الرجل الأجنبي بعد موته، ويحل للرجل ذلك، وما ذكرنا من الجواب فيما إذا كانت المرأة تعلم يقيناً أنها لو نظرت إلى بعض ما ذكرنا من الرجل لا يقع في قلبها شهوة، فأما إذا علمت أنه يقع في قلبها شهوة أو شكت، ومعنى الشك استواء الظن، فأحب إليَّ أن تغض بصرها منه؛ هكذا ذكر محمد في «الأصل»؛ وهذا لأن النظر عن شهوة نوع زنا، قال عليه السلام: «العينان تزنيان وزناهما النظر»[1]، والزنا حرام بجميع أنواعه، فقد ذكر الاستحسان فيما إذا كان الناظر إلى الرجل الأجنبي هي المرأة.

وفيما إذا كان الناظر إلى المرأة الأجنبية هو الرجل، قال: يجتنب بجهده على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله، وهو دليل الحرمة، وهو الصحيح في الفعلين جميعاً، ولا تمس شيئاً إذا كان أحدهما شاباً في حد الشهوة، وإن أمنا على أنفسهما الشهوة فقد حرم المس، وإن أمنا على أنفسهما الشهوة إذا كان أحدهما في حد الشهوة، فلم يحرم النظر إذا أمنت على نفسها الشهوة؛ لأن حكم المس أغلظ من حكم النظر حتى إن من مس سائر الأعضاء يوجب حرمة المصاهرة إن كان المس عن شهوة، والنظر إلى سائر الأعضاء سوى عين الفرج لا يوجب حرمة المصاهرة، وإن كان عن شهوة، والصوم يفسد بالمس عن شهوة، إذا اتصل به الإنزال، ولا يفسد بالنظر عن شهوة وإن اتصل به الإنزال والبلوى الذي تتحقق في النظر لا تتحقق في المس، فالرخصة في النظر عند الأمن عن الشهوة لا توجب الرخصة في المس.

فأما الأمة فيحل لها النظر إلى جميع أعضاء الرجل الأجنبي سوى ما بين سرته حتى تجاوز ركبته، وتمس جميع ذلك إذا أمنا على أنفسهما الشهوة؛ ألا ترى أنه جرت العادة فيما بين الناس أن الأمة تغمز رجل زوج مولاتها من غير نكير منكر، وإنه يدل على جواز المس.

وأما بيان القسم الرابع: فنقول: نظر الرجل إلى المرأة ينقسم أقساماً أربعة؛ نظر الزوج إلى زوجته ومملوكته، ونظر الرجل إلى ذوات محارمه، ونظر الرجل إلى الحرة الأجنبية، ونظر الرجل إلى إماء الغير.

أما نظر الرجل إلى زوجته ومملوكته: فهو حلال من فرقها إلى قدمها، عن شهوة وبغير شهوة، وهذا ظاهر؛ إلا أن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه، قالت عائشة رضي الله عنها: ما رأيت من رسول الله ﷺ، ولا رأى مني مع طول صحبتي إياه[2]، وقال عليه السلام: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع، ولا يتجردان تجرد

---

(١) أخرجه مسلم في القدر حديث ٢٦٥٧، وأحمد في المسند ٢/ ٣٧٢، ٤١١، ٥٢٨، ٥٣٥.
(٢) أخرجه السيوطي في الجامع الصغير ١٧١٨.

البعير»[١]، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: الأولى أن ينظر الرجل إلى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة، وعن أبي يوسف في «الأمالي» قال: سألت أبا حنيفة رضي الله عنه عن الرجل يمس فرج امرأته، أو تمس هي فرجه ليتحرك عليها؛ هل ترى بذلك بأساً؟ قال: أرجو أن يعظم الأجر.

وأما النظر إلى ذوات محارمه فنقول: يباح النظر إلى موضع زينة الظاهرة والباطنة، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور:٣١] الآية، فالاستدلال بالآية أنه ليس المراد من الزينة المذكورة في الآية عين الزينة تباع في الأسواق ويراها الأجانب، وإنما المراد مواضع الزينة، والثاني: أن الله تعالى أباح لهن إبداء الزينة للمحارم، وهي على مواضع الزينة؛ لأن إبداء الزينة، وهي على غير مواضع الزينة تباح للأجانب، وأثر الزينة وهي على موضع الزينة لا يتصور إلا بإبداء موضع الزينة، فيدل ذلك على إباحة إبداء مواضع الزينة.

ومواضع الزينة: الرأس والأذن العنق والصدر والعضد والساعد والكف والساق والرجل والوجه، فالرأس موضع التاج والإكليل، والشعر موضع العقاص، والعنق موضع القلادة، والصدر كذلك، فالقلادة قد تنتهي إلى الصدر وكذلك الوشاح، والأذن موضع القرط، والعضد موضع الدملج، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والخضاب، والساق موضع الخلخال والخضاب، والقدم موضع الخضاب، ولأن المحارم يدخل بعضهم على بعض من غير استئذان ولا حشمة، والمرأة في بيتها تكون في ثياب مهنتها، ولا تكون مستترة، فلو أمرناها بالستر من محارمها أدى إلى الحرج.

وما يحل النظر إليه حل مسه، وغمزه من غير حائل، [١٧٨أ/ ٢] والأصل في ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ كان يقبل رأس فاطمة[٢]، وأبو بكر رضي الله عنه قبل رأس عائشة رضي الله عنها[٣]، وقال عليه السلام: «من قبل رجل أمه، فكأنما قبل عتبة الجنة»[٤]، ولكن إنما يباح النظر إذا كان يأمن على نفسه الشهوة، فأما إذا كان يخاف على نفسه الشهوة، فلا يحل له النظر لما بينا قبل هذا، وكذلك المس إنما يباح له إذا أمن على نفسه وعليها الشهوة؛ أما إذا خاف على نفسه أو عليها الشهوة، فلا يحل المس له، ولا يحل أن ينظر إلى بطنها، ولا إلى ظهرها، ولا إلى جنبها، ولا يمس شيئاً من ذلك، والوجه في ذلك: أن الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكراً من القول وزوراً، وصورة الظهار: أن يقول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي لولا أن ظهرها محرم عليه نظراً

---

(١) أخرجه ابن ماجه في النكاح حديث ١٩٢١.

(٢) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٣) أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ٤٥٩٤٧.

(٤) روي الحديث بلفظ: «من قبل بين عيني أمه كان ستراً من النار» أخرجه بهذا اللفظ السيوطي في الدر المنثور ٤/ ١٧٣، والمتقي الهندي في كنزل العمال ٤٥٤٤٢، وابن عدي في الكامل في الضعفاء ٢/ ٨٠١.

ومساً، وكل شيء وإلا لما سمى الظهار منكراً من القول وزوراً، وإذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين.

وذوات المحارم من يحرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الأمهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت، أو ما يحرم بالرضاع، وقد صح أن عائشة رضي الله عنها سألت عنه رسول الله ﷺ، وقالت: إن أفلح يدخل علي وأنا في ثياب فضل، قال عليه السلام: «ليلج عليك أفلح، فإنه عمك من الرضاعة»(١)، وكذلك الحرمة بالمصاهرة، إذا كانت بالنكاح بلا خلاف.

واختلفوا فيما إذا كانت بالزنا فبعض المشايخ؛ قالوا: لا يثبت بها حل النظر والمس؛ لأن ثبوت الحرمة على الزاني بطريق العقوبة لا بطريق النعمة؛ ولأنه قد جرب مرة وظهرت جناية فلا يؤتمن ثانياً، قال شمس الأئمة السرخسي: والأصح أنه لا بأس بذلك، وقاسه على ما إذا كانت هذه الحرمة بسبب النكاح.

قال محمد رحمه الله: ويجوز له أن يسافر بها، وأن يخلو بها يعني لمحارمه إذا أمن على نفسه، وهذا لقوله عليه السلام: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها، أو ذي رحم محرم»(٢)، فقد أباح للمرأة المسافرة مع ذي الرحم المحرم، وإنه يوجب إباحة المسافرة للمحرم معها، ولأن حرمة المسافرة والخلوة بالأجنبيات لخوف الفتنة بواسطة الشهوة، والإنسان لا يشتهي محارمه غالباً، فصار من هذا الوجه كالخلوة والمسافرة مع الجنس، فإن علم أنه يشتهيها، أو تشتهيه لو سافر بها أو خلا بها، أو كان أكثر رأيه ذلك أو شك، فلا يباح له ذلك لما ذكرنا، وإن احتاج إلى حملها، وإنزالها في السفر، فلا بأس بأن يأخذ ببطنها وظهرها من وراء الثياب؛ لأن المس من فوق الثياب لا يفضي إلى الشهوة غالباً، فصار كالنظر، وقد صح أن ابن عمر رضي الله عنهما: رأى رجلاً حمل أمه على عاتقه يطوف بها، ولم ينكر عليه، فإن خاف الشهوة على نفسه أو عليها، فليجتنب بجهده، وذلك بأن يجتنب أصلاً متى أمكنها الركوب والنزول بنفسها، وإن لم يمكنها ذلك تكلف المحرم في ذلك زيادة تكلف بالثياب حتى لا تصل إليه حرارة بدنها، وإن لم يمكنه ذلك؛ تكلف لدفع الشهوة عن قلبه يعني: لا يقصد بما فعل قضاء الشهوة.

وأما النظر إلى إماء الغير، والمدبرات وأمهات الأولاد، فهو كنظر الرجل إلى ذوات محارمه، والأصل في ذلك ما روي عن أنس رضي الله عنه أنه قال: كن جواري عمر رضي الله عنه يخدمن الضيفان كاشفات الرؤوس مظهرات اليدين، ولأن الأمة تحتاج إلى الخروج لحوائج مولاها، وإنما تخرج في ثياب مهنتها، فحالها مع جميع الرجال في معنى

---

(١) أخرجه بنحوه مسلم في الرضاع حديث ٧، وابن ماجه حديث ١٩٤٩، وأحمد في المسند ٦/ ١٩٤.

(٢) أخرجه مسلم في الحج حديث ١٣٣٨، وأبو داود في المناسك حديث ١٧٢٦، والترمذي في الرضاع حديث ١١٦٩.

البلوى؛ كحال المرأة مع ذوي محارمها، وكان محمد بن مقاتل الرازي يقول: يجوز النظر إلى بطنها وظهرها وجنبها، ويروى في ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: من أراد أن يشتري جارية، فلينظر إليها، إلا إلى موضع المئزر، وهذا القول ليس بصحيح. تأويل الحديث: أن المرأة قد تتزر على الصدر، فهو مراد ابن عباس رضي الله عنه، قال: وكل ما يباح النظر إليه منها يباح مسه إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها، والأصل في ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه مر بجارية تباع، فضرب يده على صدرها، ومس ذراعيها وقال: اشتروا فإنها رخصة، والمعنى أن المسح للنظر الحاجة، وكما مست الحاجة إلى النظر مست الحاجة إلى اللمس ليعرف أن يشتريها.

ولم يذكر محمد رحمه الله في شيء من الكتب الخلوة، والمسافرة بإماء الغير، وقد اختلف المشايخ فيه؛ منهم من قال: يحل، وإليه مال الحاكم الشهيد، ومنهم من قال: [لا] يحل، وبه كان يفتي الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي، والذين قالوا بالحل اختلفوا فيما بينهم؛ بعضهم قالوا: ليس له أن يعالجها في الإنزال والإركاب؛ لأنه يشتهيها، وبعضهم قالوا: له ذلك إذا أمن على نفسه الشهوة وعليها؛ وهذا لأن المولى قد يبعثها إلى بلدة أخرى في حاجته، وعسى تحتاج إلى من يركبها وينزلها، ولأجل الحاجة جوز النظر والمس في سائر المواضع.

وأما النظر إلى الأجنبيات: فنقول: يجوز النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منهن، وذلك الوجه والكف في ظاهر الرواية، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] قال علي وابن عباس رضي الله عنهم: ما ظهر منها الكف والخاتم، وروي: أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله ﷺ، فنظر إلى وجهها، فلم يرَ فيها رغبة، ورأى رسول الله عليه السلام كف امرأة غير مخضوبة فقال: «أكف رجل هذا»[(١)]؟ ولما ناول فاطمة أحد ولديها بلالاً أو أنساً، قال: «رأيت كفها كأنها فِلْقَة قمر»[(٢)]؛ ولأنها تحتاج إلى إبداء وجهها في المعاملات لتحل الشهادة عليها، وتحتاج إلى إبداء كفها عند الأخذ والإعطاء.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما: أنه يجوز النظر إلى قدمها أيضاً؛ لأنها تحتاج إلى إبداء قدمها إذا مشت حافية أو متنعلة، فإنها لا تجد الخف في كل وقت، وفي رواية أخرى عنه قال: لا يجوز النظر إلى قدمها.

وفي «جامع البرامكة» عن أبي يوسف: أنه يجوز النظر إلى ذراعيها أيضاً؛ لأنها تصير مبتلياً بإبداء ذراعيها عند الغسل والطبخ، قيل: فكذلك يباح النظر إلى ثناياها؛ لأن ذلك يبدوا منها عند التحدث مع الرجال في المعاملات، وذلك كله إذا لم يكن النظر عن شهوة، فإن كان يعلم أنه لو نظر [٨٧ب/ ٢] اشتهى، أو كان أكثر رأيه ذلك، فليجتنب

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.
(٢) الحديث لم أجده.

بجهده ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها، وإن كان يأمن الشهوة بخلاف النظر؛ وهذا لأن حكم المس أغلظ من حكم النظر، والضرورة في المس قاصرة فلا يلحق المس بالنظر؛ هذا إذا كانت شابة تشتهى.

فإن كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها، ومس يدها، والأصل في ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ كان يصافح العجائز في البيعة، ولا يصافح الشواب، ولأن الحرمة في الشواب لخوف الفتنة، ولا خوف في العجائز، وكذلك إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها فلا بأس بأن يصافحها، وإن كان لا يأمن على نفسه أو عليها، فليجتنب لما مر من قبل هذا.

ثم إن محمداً رحمه الله أباح المس للرجال إذا كانت المرأة عجوزاً، ولم يشترط كون الرجل بحال لا يجامع مثله فيما إذا كان الماس هي المرأة، قال: إذا كانا كبيرين لا يجامع مثله، ولا يجامع مثلها، فلا بأس بالمصافحة، فليأمل عند الفتوى.

وإن كان عليها ثياب، فلا بأس بأن يتأمل جسدها؛ لأن نظره إلى ثيابها لا إلى جسدها، فهو كما لو كانت في بيت فنظر إلى جدارها، وهذا إذا لم تكن ثيابها ملتزقة بها، بحيث تصف ما تحتها، . . . . . .[1] ولم يكن رقيقاً بحيث يصف ما تحته، وإن كانت بخلاف ذلك فينبغي له أن يغض بصره؛ لأن هذا الثوب من حيث إنه لا يسترها بمنزلة شبكة عليها، والأصل فيه ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لا تلبسوا نساءكم الكتان والقباطي، فإنها إن تشف تصف، وهذا إذا كانت في حد الشهوة، وإن كانت صغيرة لا يشتهى مثلها، فلا بأس بالنظر إليها ومن مسها؛ لأنه ليس لبدنها حكم العورة، ولا في النظر والمس معنى خوف الفتنة، والأصل فيه ما روي أن رسول الله ﷺ «كان يقبل زب الحسن والحسين في صغرهما»[2]، وروي: أنه كان يأخذ ذلك من أحدهما، فيجره والصبي يضحك.

ثم النظر إلى الحرة الأجنبية قد يصير مرخصاً عند الضرورة لما عرف: أن مواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع، ومن مواضع الضرورة إذا دعي الرجل إلى شهادة يعني أداء الشهادة عليها، وأراد الحاكم أن ينظر إليها ليجيز إقراره عليها، وكان إذا نظر اشتهى، أو كان أكثر رأيه ذلك، فلا بأس بالنظر إليها؛ لأن الشاهد لا يجد بداً من النظر إلى المشهود عليه في أداء الشهادة، ليكون الأداء عن علم، وكذلك القاضي لا يجد بداً من النظر وقت الحكم حتى لا يقع الحكم على غير المستحق عليه.

وكذلك لو أراد أن يتزوجها؛ لا بأس بالنظر إليها وإن كان فيه شهوة، قال عليه السلام للمغيرة بن شعبة حين أراد أن يتزوج امرأة: «انظرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[3]، ولكن

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٣) أخرجه الترمذي في النكاح حديث ١٠٨٧، والنسائي في النكاح حديث ٣٢٣٥، وابن ماجه في النكاح حديث ١٨٦٥.

عند النظر ينبغي أن لا يقصد قضاء الشهوة، وإنما يقصد أداء الشهادة والحكم عليها.

واختلف المشايخ فيما إذا دعي إلى تحمل الشهادة عليها، وهو يعلم أنه لو نظر إليها اشتهى، فمنهم من جوز ذلك، بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة، قال شيخ الإسلام رحمه الله: والأصح أنه لا يباح ذلك؛ إذ لا ضرورة في تحمل الشهادة، فقد يوجد من لا يشتهيها بالنظر إليها؛ بخلاف حالة الأداء؛ لأن الشاهد التزم تلك الأمانة، وهو متعين لأدائها.

وكذلك إذا اشترى جارية، فلا بأس بأن ينظر إلى شعرها وصدرها وساقها وإن اشتهى؛ لأن المالية مطلوبة بالشراء، ولا يصير مقدارها معلوماً إلا بالنظر إلى هذه المواضع، فلأجل الحاجة جاز النظر، ولا يحل له أن يمس شيئاً منها إن اشتهى، أو كان عليه أكثر رأيه، فقد ذكرنا أن حكم المس أغلظ من حكم النظر.

قال: ولا يحل النظر إلى العورة، إلا عند الضرورة؛ قال سلمان الفارسي رضي الله عنه: لأن أخرّ من السماء، فأنقطع نصفين؛ أحب إلي من أن أنظر إلى عورة أحد، أو ينظر أحد إلى عورتي، مع هذا إذا جاء العذر، فلا بأس بالنظر إليها، فمن جملة الأعذار الختان، والختان ينظر عند ذلك الفعل، وكذلك الخافضة تنظر؛ وهذا لأن الختان سنة، وهو من جملة الفطرة في حق الرجل لا يمكن تركه، ومن ذلك عند الولادة، والمرأة تنظر إلى موضع الفرج من المرأة وغيره؛ لأنه لابد من قابلة تقبل الولد وتعالجه، وبدونها تخاف الهلاك على الولد، وعند قبول الولد ومعالجته يحتاج إلى النظر فأبيح لأجل الحاجة، وقد صح أن رسول الله ﷺ جوز شهادة القابلة على الولادة[1]، فذلك دليل على أنه يباح لها النظر.

وكذلك ينظر الرجل من الرجل إلى موضع الاحتقان عند الحاجة إليه؛ بأن كان مريضاً؛ لأن الضرورة قد تحققت، والاحتقان من المداواة، قال عليه السلام: «تداووا عباد الله، فإن الله تعالى لم يخلق داءً إلا وخلق له الدواء، إلا السام والهرم»[2]، وقد روي عن أبي يوسف: أنه إذا كان به هزال، فاحتقن؛ قيل له: إن الحقنة تزيل ما بك من الهزال، فلا بأس بأن يبدي ذلك الموضع للمحتقن، وهذا صحيح، فإن الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره . . . .[3] والسل، وحكي عن الشافعي قال: إذا قيل له: إن الحقنة تقويك على المجامعة، فلا بأس بذلك، وهذا ضعيف؛ لأن الضرورة لا تتحقق بهذا. وكشف العورة من غير ضرورة لمعنى الشهوة لا يجوز.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصوم أن الحقنة إنما تجوز عند الضرورة، وإذا لم يكن ثمة ضرورة، ولكن فيها منفعة ظاهرة بأن كان يتقوى بسببها على

---

(١) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد حديث ٧٠٤٥.

(٢) أخرجه أبو داود في الطب حديث ٣٨٥٥، والترمذي في الطب حديث ٢٠٣٨، وابن ماجه في الطب حديث ٣٤٣٦.

(٣) بياض بالأصل.

الجماع لا يحل عندنا، وإن كان به هزال، فإن كان هزالاً يخشى منه التلف يحل، وما لا فلا، وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله في «فتاويه» في باب الطهارات؛ قال محمد بن مقاتل الرازي: لا بأس بأن يتولى صاحب الحمام عورة إنسان بيده عند التنوير إذا كان يغض بصره كما أنه لا بأس به إذا كان يداوي جرحاً أو قرحاً، قال الفقيه: وهذا في حالة الضرورة لا في غيرها؛ لأن كل موضع لا يجوز النظر إليه لا يجوز مسه، إلا من فوق الثياب، وينبغي لكل أحد أن يتولى عانته بيده إذا تنور، فإنه روي عن النبي عليه السلام كان يتولى ذلك بنفسه.

وإذا أصابت المرأة قرحة في موضع لا يحل للرجل أن ينظر إليه، علم امرأة دواءها لتداويها؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف وكذا في امرأة العنين تنظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكر [٨٨أ/ ٢] فرق القاضي بينهما، وكذا لو اشترى جارية على أنها بكر، فقبضها فقال: وجدتها ثيباً؛ تنظر إليها النساء للحاجة إلى فصل الخصومة، وإن لم يجدوا امرأة تداوي تلك القرحة، ولم يقدروا على امرأة تعلم ذلك، وخافوا أنها تهلك، أو يصيبها بلاء أو وجع، فلا بأس بأن يستر منها كل شيء إلا موضع تلك القرحة، ثم يداويها رجل، ويغض بصره ما استطاع إلا عن ذلك الموضع؛ لأن نظر الجنس إلى غير الجنس أغلظ، فيعتبر فيه تحقق الضرورة، وذلك عند خوف الهلاك، وذوات المحارم والأجنبيات في هذا على السواء؛ لأن النظر إلى العورة لا يحل بسبب المحرمية.

والعبد فيما ينظر إلى مولاته كالحر الأجنبي حتى لا يحل له أن ينظر إلا إلى وجهها وكفها، وهذا مذهبنا، وقال مالك: نظره إليها كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النور:٣١]، ولا يجوز أن يحل ذلك على الإماء؛ لأن الإماء دخلن في قوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور:٣١]؛ ولأن هذا مما لا يشكل أن الأمة تنظر إلى مولاتها، وإنما يحمل البيان على موضع الإشكال، ولأن إباحة النظر إلى ذوات المحارم لأجل الحاجة، وهو دخول البعض من غير استئذان ولا حشمة، وهذا يتحقق فيما بين العبد ومولاته.

حجتنا في ذلك حديث سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير فإنهما قالا: لا تغرنكم سورة النور، فإنها في الإناث دون الذكور، ومرادهما قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النور:٣١] والموضع موضع الإشكال؛ لأن حالة الأمة تقرب من حال الرجال؛ حتى تسافر بغير محرم، فكان يشكل أنه هل يباح لها الكشف بين يدي أمتها؟ ولم يزل هذا الإشكال، بقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]؛ لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء، والمعنى فيه: أنه ليس بينهما زوجية ولا محرمية. وحل النظر إلى مواضع الزينة الباطنة؛ يبنى على هذا السبب؛ وهذا لأن حرمة النظر إلى مواضع الزينة الباطنة لمعنى خوف الفتنة، وخوف الفتنة ينعدم بالمحرمية؛ لأن الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة، فأما الملك لا يقلل الشهوة، بل يحملها على رفع الحشمة، ومعنى البلوى لا يتحقق أيضاً؛ لأن العبد إنما يتخذ لخدمة خارج البيت؛ لا يخدم داخل البيت على ما قيل من الحد عند الخدمة داخل البيت، فهو كسجّان

ويستوي في ذلك الخصي والفحل؛ قالت عائشة رضي الله عنها: الخصي مثله، فلا يبيح ما كان حراماً قبله، ولأن معنى الفتنة لا تنعدم بالخصي، فالخصي قد يجامع، وقيل: هو أشد الناس جماعاً، وكذلك المجبوب الذي لم يجف ماؤه؛ لأنه ينزل بالسحق فلا ينعدم معنى الفتنة، وإن كان مجبوباً قد جف ماؤه، فقد رخص بعض مشايخنا في حقه بالاختلاط بالنساء؛ لوقوع الأمن من الفتنة، والأصح أنه لا يحل ذلك، ومن رخص فيه تأول قول الله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النور:٣١] الآية وبين أهل التفسير كلاماً في معنى هذا، فقيل: هو المجبوب الذي جف ماؤه، وقيل: هو المخنث الذي لا يشتهي النساء، والكلام في المخنث عندنا أنه إن كان مخنثاً في الرديء من الأفعال، فهو كغيره من الرجال، هو من .... [1] وينحى عن النساء، فأما إذا كان في أعضائه لين، أو في لسانه تكسر بأصل الخلقة، ولا يشتهي النساء، ولا يكون مخنثاً في الرديء من الأفعال، فقد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء لما روي أن مخنثاً كان يدخل بعض بيوت رسول الله ﷺ سمع منه رسول الله عليه السلام كلمة فاحشة، فإنه قال: لعمر بن أبي سلمة: إن فتح الله تعالى على رسوله الطائف لأدلنك على بنت غيلان فإنها تقبل بأربع، وتدبر بثمان فقال: «ما كنت أعلم أنه يعرف مثل هذا، أخرجوه»[2]، وقيل: المراد بقوله: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ﴾ الذي لا يدري ما يصنع بالنساء، إنما همته بطنه، وفي هذا كلام أيضاً عندنا إذا كان شاباً ينحى عن النساء، وإنما ذلك إذا كان شيخاً كبيراً قد ماتت شهوته، فحينئذٍ يرخص في ذلك، والأصح أن يقول قوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ﴾ من المتشابه، وقوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ﴾ [النور:٣٠] محكم فنأخذ بالمحكم، فنقول: كل من كان من الرجال لا يحل لها أن تبدي موضع الزينة الباطنة بين يديه، ولا يحل له أن ينظر إليها إلا أن يكون صغيراً، فحينئذٍ لا بأس بذلك، بقوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ﴾ [النور:٣١] الآية ولا بأس بدخول الصبي على النسوان ما لم يبلغ حد الحلم، وذلك خمس عشر سنة؛ لأنه لا يحتلم.

ومما يتصل بهذا الفصل

جماع الحائض في الفرج: وإنه حرام بالنص، يكفر مستحله ويفسق مباشرة لقوله تعالى: ﴿فَٱعْتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلْمَحِيضِ﴾ [البقرة:٢٢٢]، وفي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، دليل على أن الحرمة تمتد إلى الطهر، وقال عليه السلام: «من أتى امرأته في غير مأتاها أو أتاها في حالة الحيض، أو أتى كاهناً فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد»[3]، ولكن لا يلزمه بالوطء سوى الاستغفار والتوبة، ومن العلماء من

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه البخاري في اللباس حديث ٥٨٨٧، ومسلم في السلام حديث ٢١٨٠، وأبو داود في الأدب حديث ٤٩٢٩، وابن ماجه في النكاح حديث ١٩٠٢.

(٣) أخرجه الترمذي في الطهارة حديث ١٣٥، وابن ماجه في الطهارة حديث ٦٣٩.

يقول: إن وطئها في أول الحيض فعليه أن يتصدق بدينار، وإن وطئها في آخر الحيض فعليه أن يتصدق بنصف دينار، ورووا فيه حديثاً شاذاً، ولكن الكفارة لا تثبت بمثله.

وحجتنا في ذلك: ما روي أن رجلاً جاء إلى الصديق رضي الله عنه، فقال: إني رأيت في منامي كأني أبول دماً، فقال: أتصدقني؟ فقال: نعم، فقال: إنك تأتي امرأتك في حالة الحيض، فاعترف بذلك فقال: استغفر الله ولا تعدْ، ولم يلزمه الكفارة.

واختلفوا فيما سوى الجماع، فقال أبو حنيفة رضي الله عنه: له أن يستمتع بها فوق المئزر وليس له ما تحته، وقال محمد رحمه الله: يتجنب شفار الدم وله ما سوى ذلك، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما، وذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع أبي حنيفة، وذكر الكرخي مع محمد.

وجه قوله الاستدلال بقوله تعالى: ﴿قُلْ هُوَ أَذًى﴾ [البقرة:٢٢٢] ففيه بيان أن الحرمة لمعنى استعمال الأذى، وذلك في محل مخصوص، وروي في «الكتاب» عن الصلت بن دينار، وعن معاوية بن مرة قال: سألت عائشة رضي الله عنها ما يحل للرجل من امرأته وهي حائض، قالت: يتجنب شفار الدم، وله ما سوى ذلك، وفي حديث آخر عن عائشة رضي الله عنها قالت: للرجل من امرأته الحائض كل شيء إلا النكاح يعني الجماع، والمعنى فيه أن ملك النكاح باقٍ زمان الحيض، وحرمة الفعل لمعنى استعمال الأذى، وذلك فعل لا يكون فيه معنى استعمال الأذى، فهو حلال مطلق كما كان قبل الحيض، وقاسه بالاستمتاع [٨٨ب/ ٢] فوق المئزر.

وحجة أبي حنيفة رضي الله عنه قوله تعالى: ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة:٢٢٢] فظاهره يقتضي تحريم الاستمتاع بكل عضو منها فيما اتفق عليه الآثار صار مخصوصاً من هذا الظاهر، وبقي ما سواه على الظاهر، وروي أن وفداً سألوا عمر رضي الله عنه عما يحل للرجل من امرأته الحائض، فقال: سألت عنه رسول الله ﷺ، فقال: «للرجل من امرأته الحائض ما فوق المئزر، وليس له ما تحته»(١)، والمعنى فيه: أن الاستمتاع في موضع الفرج يحرم عليه، وإذا قرب من ذلك الموضع لا يأمن على نفسه أن يقع في الحرام، فليجتنب من ذلك بالاكتفاء بما فوق المئزر.

ولا ينبغي أن يعتزل فراشها، فإن ذلك تشبه باليهود، وقد نهينا عن التشبه بهم؛ روي أن ابن عباس رضي الله عنهما فعل ذلك، فبلغ ميمونة رضي الله عنهما، فأنكرت عليه وقالت: أترغب عن سنة رسول الله عليه السلام تضاجعنا في فراش واحد في حالة الحيض.

ذكر في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة رضي الله عنه: إذا حاضت الأمة لم تعرض في إزار واحد ترتديه مكشوف البطن والظهر؛ لأنها إذا حاضت فقد بلغت، وثبت لأعضائها حكم العورة، فلا يحل للأجنبي النظر إلى بطنها وظهرها، وإنما يحل النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كما في المحارم.

(١) أخرجه الدارمي في الطهارة حديث ١٠٣٨.

الفصل العاشر
في اللبس؛ ما يكره من ذلك، وما لا يكره

ذكر محمد رحمه الله في «السير» في باب العمائم حديثاً يدل على أن لبس السواد مستحب، وأن من أراد أن يجدد اللف بعمامته ينبغي أن ينقضها كوراً كوراً، وإن ذلك أحسن من رفعها عن رأسه وإلقائها في الأرض دفعة واحدة، وإن المستحب إرسال ذنب العمامة بين الكتفين، واختلفوا في مقدار ما ينبغي أن يكون من ذنب العمامة، منهم من قدره بشبر، ومنهم من قال: إلى وسط الظهر، ومنهم من قال: إلى موضع الجلوس.

وذكر فيه أيضاً: أنه لا بأس بلبس القلانيس، فقد صح أنه كان لرسول الله عليه السلام قلانيس يلبسها(١).

ذكر في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة: أنه كان يكره لبس الحرير والديباج، وكان لا يرى بالتوسد به والنوم عليه بأساً، وقال محمد رحمه الله: يكره التوسد والنوم كما يكره اللبس، وقول أبي يوسف رحمه الله مثل قول محمد.

يجب أن تعلم بأن لبس الحرير وهو ما كان لحمته حريراً وسداه حريراً حرام على الرجال في جميع الأحوال عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يكره في حالة الحرب، ويكره في غير حالة الحرب، ومن العلماء من قال: لا يكره ذلك في الأحوال كلها. وفي «شرح القاضي الإمام الإسبيجابي» رحمه الله: أن عند أبي يوسف ومحمد إنما لا يكره لبس الحرير للرجال في حالة الحرب إذا كان صفيقاً يدفع مضرة السلاح.

والكلام في موضعين: في حالة الحرب، وفي غير حالة الحرب:

أما في حالة الحرب: فحجة قول من قال بعدم الكراهية ما روى عقبة بن عامر أن النبي عليه السلام صلى وعليه حرير(٢).

وجه قول عامة العلماء: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن لبس الحرير والديباج، وقال: «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»(٣)، وعنه عليه السلام أنه نهى عن لبس الحرير والديباج إلا قدر إصبعين، أو ثلاثة، أو أربعة، وأراد به الأعلام(٤)،

---

(١) روي الحديث بلفظ: «عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ كان يلبس قلنسوة بيضاء» أخرجه بهذا اللفظ البيهقي في شعب الإيمان ٥/ ١٧٥.

(٢) أخرجه البخاري في الصلاة حديث ٣٧٥، ومسلم في اللباس حديث ٢٠٧٥.

(٣) أخرجه البخاري في اللباس حديث ٥٨٣٥، ومسلم في اللباس حديث ٢٠٦٨، والنسائي في الزينة حديث ٥٠٦٣.

(٤) أخرجه البخاري في اللباس حديث ٥٨٢٨، ومسلم في اللباس حديث ٢٠٦٩، وأبو داود في اللباس حديث ٤٠٤٢.

وعن عمر رضي الله عنه: أنه بعث جيشاً وغنموا غنائم، فلما رجعوا فلبسوا الحرير والديباج، فلما رآهم أعرض عنهم، وقال: انزعوا عنكم ثياب أهل النار، فنزعوا.

وما رواه الخصم محمول على ما قبل التحريم؛ الدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ لبس جبة حرير، وذلك قبل أن ينهى عنه[١]، ولأن هذا من زي الأعاجم وتشبه بالأكاسرة، وذلك منهي. قال عمر رضي الله عنه: «إياكم وزي الأعاجم»[٢]، وهذا إذا لم تقع الحاجة إليه، فأما إذا وقعت الحاجة إليه فلا بأس بلبسه؛ لما روي عن عبد الرحمن بن عوف، والزبير رضي الله عنهما أنه كان بهما جرب كثيرة، فاستأذنا رسول الله عليه السلام في لبس الحرير فأذن لهما فيه[٣].

وكما يكره لبس ما كان لحمته حريراً وسداه حريراً في غير حالة الحرب، فكذلك يكره لبس ما كان لحمته حريراً وسداه غير حرير، وأما ما كان سداه حريراً ولحمته غير حرير فلا بأس بلبسه بلا خلاف بين العلماء، وإنما كان كذلك؛ لأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج، والنسج إنما يتأتى باللحمة والسدى، واللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوباً على اللحمة، فإذا كانت اللحمة من الحرير فكأن الكل من الحرير حكماً، وإذا كانت اللحمة غير حرير، فكأن الكل غير حرير، فقد اعتبر اللحمة في هذه المسائل، فقيل: هذا إذا كانت اللحمة غالبة على السدى، وقيل: لا بل العبرة للحمة على كل حال وهو الصحيح، وعليه عامة المشايخ.

وذكر شيخ الإسلام في شرح «السير» في باب الثوب: إذا كان لحمته من قطن أو كتان، وسداه من إبريسم، فإن كان الإبريسم يرى كره للرجال لبسه، وإن كان لا يرى لا يكره لهم لبسه، فعلى هذا يكره للرجال لبس العتابي، وإليه أشار محمد رحمه الله في هذا الباب أيضاً؛ هذا هو الكلام في غير الحرب.

جئنا إلى حالة الحرب، فنقول: لا شك أن ما كان لحمته غير حرير وسداه حرير يباح لبسه في حالة غير الحرب، فلأن يباح لبسه في حالة الحرب والأمر فيه واسع كان أولى. وأما ما كان لحمته حريراً وسداه غير حرير، فإنه يباح لبسه في حالة الحرب بالإجماع، وإنما يباح لنوع ضرورة وحاجة تختص بحالة الحرب؛ وذلك لأن في لبسه يهيب بصورته، وبريقه، ولمعانه، ولونه، وبمعناه يحصل دفع حضور السلاح كان القز يدفع مضرة السلاح، وقد جاءت السنة في الإطلاق عند الحاجة، فإن النبي عليه السلام أطلق للزبير، وعبد الرحمن بن عوف لبس الحرير على ما روينا، وأما ما كان لحمته حريراً وسداه حريراً، ففي لبسه حالة الحرب خلاف بين علمائنا على ما مر.

---

(١) أخرجه البخاري في بدء الخلق حديث٣٢٤٨، ومسلم في فضائل الصحابة حديث ٢٤٦٩.

(٢) أخرجه العجلوني في كشف الخفاء ٨٥٧.

(٣) أخرجه البخاري في اللباس حديث ٥٨٣٩، ومسلم في اللباس حديث ٢٠٧٦، والترمذي في اللباس حديث ١٧٢٢، والنسائي في الزينة حديث ٥٣١١.

حجتهما: حديث الشعبي أن النبي عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب، ولأن الحاجة مست إلى ذلك؛ لأن الخالص أدفع لمضرة السلاح، وأهيب في عين الناظرين.

واحتج أبو حنيفة رضي الله عنه بعموم النهي، ورد عن الحسن وعكرمة أنهما قالا: التولي عن الحرام في حالة التعرض للشهادة أولى، ولأن الحرام لا يحل إلا عند الضرورة، والضرورة اندفعت بالمخلوط؛ لأن المخلوط ما لحمته حرير أو سداه حرير، والذي سداه حرير ولحمته غير حرير ليس له حكم الحرير بالإجماع، والذي لحمته حرير، وإن كان [١٨٩أ/ ٢] حريراً في الحكم، ففيه شبهة الغزل؛ لأنه موجود وإن لم ينسب إليه، فصار هذا حريراً ناقصاً، والمهابة تحصل بظاهره، والدفع بمعناه يحصل أيضاً؛ لأنه إن كان للخالص من الحرير مزية الخلوص، فلهذا مزية القوة والثخانة فاستويا، فيجب أن يكتفى بالأدنى عن الأعلى، فيباح الأدنى ويبقى الأعلى على أصل الحرمة، وحديث الزبير وعبد الرحمن بن عوف، فإنما أطلق لهما؛ لأن ضرر الحكة كان لا يندفع إلا بالدقيق الخالص، وأمر الحرب على ضد ذلك، أو نقول: كان ذلك قبل النهي والتحريم.

هذا هو الكلام في حق الرجال، بقي الكلام في حق النساء؛ قال عامة العلماء: يحل لهن لبس الحرير الخالص، وبعضهم قالوا: لا يحل، وهذا القائل يحتج بعموم النهي، وعامة العلماء احتجوا بما روى علي وابن عمر وأبو موسى الأشعري، وعقبة بن عامر رضي الله عنهم؛ أن النبي عليه السلام خرج يوماً وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب، فقال: «هذان حرام على ذكور أمتي حلّ لإناثهن»(١). وأعطى رسول الله عليه السلام حريراً لعلي رضي الله عنه فكره ذلك عليه، وأمره أن يقطعه خُمراً للفواطم الأربع، وهي: أمه، وفاطمة الزهراء زوجته، وفاطمة بنت حمزة، وفاطمة أخرى رضي الله عنهن(٢)، وأما لبس ما علمه حرير أو مكفوف به فمطلق عند عامة الفقهاء خلافاً لبعض الناس بعموم النهي.

ولعامة العلماء حديث عائشة رضي الله عنها في لبس رسول الله عليه السلام قطيفة علمها حرير(٣)، وفي حديث أسماء: أن النبي عليه السلام كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير(٤)؛ لأن القليل من الفضة وهو الخاتم يحل للرجال ترغيباً في نعيم الآخرة، فكذلك العلم. وذكر «القدوري» في «شرحه»: أن النبي عليه السلام لبس خوذة أطرافها من الديباج(٥)، فهذا دليل على أنه لا بأس بمثل هذا الثوب، وعن هشام عن أبي حنيفة

---

(١) أخرجه أبو داود في اللباس حديث ٤٠٥٧، والترمذي في اللباس حديث ١٧٢٠، والنسائي في الزينة حديث ٥١٤٤، وابن ماجه في اللباس حديث ٣٥٩٥.

(٢) أخرجه مسلم في اللباس حديث ٢٠٧١، وابن ماجه في اللباس حديث ٣٥٩٦.

(٣) أخرجه مسلم في اللباس حديث ٢١٠٧.

(٤) أخرجه الطهاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٢٥٥.

(٥) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

رضي الله عنهما أنه لم يرَ بأساً بالعلم في الثوب قدر أربعة أصابع؛ قال: لأن العلم يكون تابعاً للثوب، فلا يكون لابساً له.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: إذا لبس قميصه حريراً، أو عروة أو إزراراً لم يكن عندي بذلك بأس، وهو كالعلم يكون في الثوب، ومعه غيره فلا بأس به، وإن كان وحده كرهه، وأكره تكة الحرير؛ لأنها تلبس وحدها؛ وهذا لأنه إذا كان مع غيره فاللبس لا يكون مضافاً إليه؛ بل يكون هو تبعاً في اللبس، والمحرم لبس الحرير.

وفي شرح «الجامع الصغير» لبعض المشايخ؛ لا بأس بتكة الحرير للرجل عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في أيمان «الواقعات» أنه يكره عند أبي يوسف ومحمد، وفي حاشية شرح «الجامع الصغير» للصدر الشهيد مكتوب بخطه أن في تكة الحرير اختلاف بين أصحابنا.

ويكره لبس الثوب المعصفر للرجال، روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: نهاني رسول الله ﷺ عن لبس المعصفر وقال: «إياكم والحمرة فإنها زي الشيطان»[1]، وفي «المنتقى»: وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يكره للرجال أن يلبسوا الثوب المصبغ بالمعصفر أو بالورس أو بالزعفران للأثر الوارد فيه، وذكر هشام عن محمد أنه لم يرَ باللباس المرتفع جداً بأساً، وكذا لم يرَ باللبد الأحمر للسرج بأساً.

وفي «مجموع النوازل» وسئل عن الزينة والتجمل في الدنيا، قال: خرج رسول الله عليه السلام ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم، وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم، ودخل عليه رجل يوماً من أصحابه وعليه خز، فقال عليه السلام: «إن الله تعالى إذا أنعم على عبد نعمة يحب أن يرى آثار نعمته عليه»[2] وأبو حنيفة رضي الله عنه كان يرتدي رداء قيمته أربع مائة دينار، وأباح الله تعالى الزينة لقوله: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾ [الأعراف: ٣٢]، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول لنا بكوفة: إذا رجعتم إلى أوطانكم فعليكم بالثياب النفيسة، وإياكم والثياب الخسيسة فإن الناس ينظرون إليكم بعين الرحمة، فهو مع زهادته وورعه كان يوصيهم بهذا.

ومحمد بن الحسن رحمه الله كان يلبس الثياب النفيسة، فقيل له في ذلك، فقال: لي نساء وجوار فأزين نفسي كيلا ينظرون إلى غيري، ومحمد بن الحسن كان يتعمم بعمامة سوداء، فدخلت عليه يوماً مستغنية ووقفت متحيرة تنظر في وجهه، فقال لها: ما شأنك؟ قالت: أتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك، فوضعها عن رأسه ولم يتعمم بعمامة سوداء بعد ذلك.

قيل للشيخ: أليس روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يلبس قميصاً عليه كذا كذا

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ١٨/ ١٤٨، والهيثمي في مجمع الزوائد ٥/ ١٣٠، والمتقي الهندي في كنز العمال ٤١١٦٤، ٤١١٧٨.

(٢) أخرجه الترمذي في الأدب حديث ٢٨١٩.

رقعة، قال: إنما فعل عمر رضي الله عنه لنوع من الحكمة، وهو أنه كان أمير المؤمنين، فلو لبس ثياباً نفيسة واتخذ لنفسه ألواناً من الأطعمة، فعماله وحشمه يقتدون به، وربما لا يكون لهم مال فيأخذون من المسلمين، فإنما اختار ذلك لهذه المصلحة. وحكي أن حاتم الأصم[(١)] رحمه الله خرج حاجاً فدخل المدينة، وقصد زيارة مالك بن أنس، فلما انتهى إلى باب داره استأذن فلم يؤذن له، وقيل له: اجلس حتى يخرج إلى الصلاة، فخرج وصلى ودخل عليه حاتم، فرأى داراً مرتفعة مفروشة بألوان الفرش، ورأى خدماً وغلماناً، فسلم عليه حاتم وجلس فقال: أخبرني ماذا يجب على العباد بعد التوحيد؟ فقال: الفرائض، قال: ثم ماذا؟ قال: السنن والآداب، فقال: أخبرني عن دورك هذه، وغلمانك هؤلاء من الفرائض ومن السنن؟ قال: يا حاتم؛ إن الله تعالى قسم هذا قسماً حلالاً، ثم قال: يا حاتم؛ إن لنا رباً يعرف المؤمن تحت الخز والبز كما يعرف الكافر تحت العباءة واللبد، فلما خرج من عنده قال: لو لم أشهد هذا المشهد؛ خفت على نفسي أن أخرج من الدنيا على غير دين الإسلام لكثرة ما أوقع في الفقهاء وأغنى بهم.

وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: اتقوا الشهرتين في اللباس[(٢)]؛ معناه لا ينبغي للإنسان أن يختار لنفسه اللبسة المحصورة التي ترجع إلى الإهانة، ولا اللبسة المشهورة التي تجعل اللابس نفسه أعجوبة للخلق ينظر إليه كل ناظر، بل يختار فيما بين ذلك، فالوسط محمود في كل شيء.

ذكر الحاكم في «المنتقى»: لا بأس بلبس الخز، والخز اسم لدابة يكون على جلدها خز، وإنه ليس [من] جملة الحرير، والمحرم على الرجال لبس الحرير لا لبس غيره. قال شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الكسب: ينبغي أن يلبس عامة الأوقات الغسيل ويلبس أحسن ما يجد في بعض الأوقات إظهاراً لنعم الله، فإن ذلك مندوب إليه، ولا يلبس أحسن ما يجد في جميع الأوقات؛ لأن ذلك يؤذي المحتاجين.

وكذلك لا ينبغي في زمن الشتاء أن يظاهر بين جبتين أو ثلاثة إذا كان يكفيه لدفع البرد جبة [٨٩ب/ ٢] واحدة؛ لأن ذلك يؤذي المحتاجين، وهو منهي عن اكتساب سبب أذى الغير.

وأما التوسد بالحرير والديباج والنوم عليه حرام عند محمد رحمه الله، وهو قول أبي يوسف، وعند أبي حنيفة لا بأس به، وعلى هذا الاختلاف نشر الخز، وتعليقه على الأبواب لحماً لما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه قال: لأن أتوسد على الجمر أحب إلي من أن أتوسد على الحرير. وعن علي رضي الله عنه: أنه أتي بدابة على سرجها حرير، فقال: هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة، ولأن التنعم بالجلوس والنوم عليه مثل

---

(١) حاتم الأصم: هو أبو عبد الرحمن، حاتم بن علوان، ويقال: حاتم بن يوسف، توفي سنة ٢٣٧هـ. (انظر ترجمته في: حلية الأولياء ٨/ ٧٣، صفة الصفوة ٤/ ١٣٤٠، الرسالة القشيرية ٢٠، الطبقات الكبرى ١/ ٩٣، شذرات الذهب ٢/ ٨٧، طبقات الصوفية ٩١).

(٢) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان ٥/ ١٦٩.

اللبس، وذلك من عادة المسرفين، وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: النص ورد بتحريم اللبس، والنوم عليه دون اللبس في الاستعمال فلا يلحق به، ولأنا أجمعنا على أن القليل من الملبوس حلال، وهو ما قلنا من الأعلام فكذلك من اللبس والاستعمال؛ وهذا لأن التوسد والنوم عليه وافتراشه استعمال على سبيل الامتهان، فقصر معنى الاستعمال والتزين فيه، فلم يبعد حكم التحريم من اللبس الذي هو استعمال كامل إليه؛ بل كان تقليل الملبوس أشبه ليصير سبباً للرغبة في الآخرة.

وفي «المنتقى» ابن سماعة عن محمد رحمه الله: وليس القعود على الحرير والديباج كاللبس فإن أراد بقوله: ليس القعود على الحرير والديباج كاللبس نفي الكراهة عن القعود أصلاً جاء عن محمد روايتان؛ فإن ظاهر مذهبه أن القعود على الديباج مكروه، وإن أراد به إثبات التفاوت في الكراهة لا يصير في المسألة روايتان؛ بل كل واحد منهما مكروه، إلا أن اللبس أشد كراهة؛ لأن الاستعمال فيه أكثر.

وفي «شرح القدوري» عن أبي يوسف: أنه قال: أكره ثوب القز يكون بين الفرو وبين الظهارة، ولا أرى بحشو القز بأساً؛ وذلك لأن الثوب إذا كان بين ثوبين فهو ملبوس، ولبس الحرير لا يجوز للرجال، فأما الحشو ليس بملبوس إذ ليس منه عليه شيء فلا يكره عند أبي حنيفة رضي الله عنه لهذه العلة. وعندهما ليس بملبوس ولا مفروش فلا يكره.

وعنه أيضاً: وما كان من الثياب الغالب عليه غير القز كالخز ونحوه فلا بأس بلبسه للرجال، وما كان ظاهره قزاً فهو مكروه، وكذا ما كان خط منه قز وخط منه خز وهو ظاهر فهو مكروه.

وفي «شرح القدوري» أيضاً: عن أبي حنيفة: أنه قال: لا بأس بالفراء كلها؛ السباع وغير ذلك الميتة المدبوغة والذكية، وقال: دباغه ذكاته؛ وهذا لأن الجلود كلها تطهر بالدباغ إلا جلد الإنسان والخنزير. والأصل فيه قوله عليه السلام: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»[(١)]، وروي أن رسول الله ﷺ أراد أن يتوضأ من ماء في شن فقيل: إنه جلد حمار ميت، فقال عليه السلام: «أليس في الشب والقرظ ما يطهره، فإنما يلبس عيناً طاهراً أفلا يكون به بأساً»[(٢)].

الجبة إذا كانت كفافها من ديباج هل يكره للرجال لبسها؟ اختلف المشايخ فيه، وذكر الطحاوي في «شرح الآثار» حديثين أحدهما يدل على الكراهة، والآخر يدل على عدم الكراهة، وذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام في شرح «السير الكبير» الصحيح أنه لا

---

(١) أخرجه مسلم في الحيض حديث ٣٦٦، وأبو داود في اللباس حديث ٤١٢٣، والترمذي في اللباس حديث ١٧٢٨، والنسائي في الفرع والعتيرة حديث ٤٢٤١، وابن ماجه في اللباس حديث ٣٦٠٩.

(٢) روي الحديث بلفظ: «أليس في الماء والقرظ ما يطهره..» أخرجه بهذا اللفظ البيهقي في السنن الكبرى ١/ ٢٠، وأخرجه أحمد في المسند ٦/ ٣٣٤ بلفظ: «يطهره الماء والقرظ».

يكره، وذكر القاضي ركن الإسلام علي السغدي في «شرحه»: أنه لا يكره، ولم يذكر اختلاف المشايخ، وإليه أشار محمد رحمه الله في رواية «السير».

الفصل الحادي عشر
في استعمال الذهب والفضة

في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه كان يكره الأكل والشرب في آنية الفضة والذهب، والأدهان فيها، والأصل في ذلك ما روي عن رسول الله عليه السلام أنه نهى عن الشرب في آنية الذهب والفضة وألحق الوعيد بالشارب منها، فإنه قال: «من شرب منها فكأنما يجرجر في بطنه نار جهنم»، وفي بعض الأخبار: «من أكل أو شرب»[1]، وروي أن حذيفة رضي الله عنه: نزل عند وفد من العجم، فقدم إليه الشراب في آنية الفضة فردها عليه، وقال: إن رسول الله عليه السلام كان نهانا عن الشرب في أواني الفضة[2]، والمعنى فيه أنه تشبه بالأكاسرة والجبابرة، والتشبه بهم فيما له بدّ منه مكروه، وإذا ثبت الكراهة في الأكل والشرب؛ ثبت الكراهة في الأدهان؛ إما لأن للأدهان منفعة تخص البدن فيكون بمنزلة الأكل والشرب أو لأن كراهة الأكل والشرب في الذهب والفضة لمكان التشبه بالأكاسرة، وذلك موجود في الأدهان.

قالوا: وهذا إذا كان يصب الدهن من الآنية على رأسه أو بدنه؛ أما إذا أدخل يده في الإناء وأخرج منها الدهن ثم استعمله لا بأس به، وكذلك إذا أخذ الطعام من القصعة ووضعه على خبز أو ما أشبه ذلك، ثم أكل لا بأس به.

قال: ويستوي فيه الرجل والمرأة؛ يعني الأكل والشرب من الذهب والفضة لعموم النهي، فإن كلمة من عامة.

قال: وكان أبو حنيفة رضي الله عنه لا يرى بالإناء المفضض بأساً إذا وضع فاه على . . . .[3] وعلى الكوز، وكره أبو يوسف ذلك، وكذلك في الإناء المصبب، وكذلك الكرسي المصبب بالذهب والفضة لا بأس بالجلوس عليه عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وكذلك المداهن والمجامر، والسرير المصبب لا بأس به عنده، وكره أبو يوسف ذلك، وكذا إذا جعل المصحف مذهباً أو مفضضاً لا بأس به عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وكره عند أبي يوسف، وقياس قول أبي حنيفة: أن لا يكره في الباب والسرج واللجام، وقول محمد مثل قول أبي يوسف، هكذا حكاه القاضي الإمام أبو عاصم

---

(١) أخرجه البخاري في الأشربة حديث ٥٦٣٤، ومسلم في اللباس حديث ٢٠٦٥، وابن ماجه في الأشربة حديث ٣٤١٣.

(٢) أخرجه البخاري في الأطعمة حديث ٥٤٢٦، ومسلم في اللباس حديث ٢٠٦٧، والترمذي في الأشربة حديث ١٨٧٨، والنسائي في الزينة حديث ٥٣٠١.

(٣) بياض بالأصل.

العامري المروزي، وهذا كله إذا كان يخلص.

فأما التمويه: وهو أن يجعل الذهن ماء بحيث لا يخلعن بعد ذلك لا بأس به بالإجماع، فحدَّ بها العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة، ومن استعمل إناءً كان مستعمل جزء منه فكره؛ وهذا لأن الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الإناء وغيره؛ إنما كان لما فيه من التشبه بالأكاسرة والجبابرة، فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة للرجال، وحلية السيف والمنطقة حيث لا يكره؛ لأن الرخصة جاءت في ذلك نصاً، أما ههنا بخلافه.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه حرفان:

أحدهما: أن الأصل في المخلوقات إباحة الانتفاع بها، والحرمة لعارض، والنص ورد في تحريم الشرب والأكل في آنية الذهب والفضة، فكل ما يشبه المنصوص عليه في الاستعمال يلحق بالمنصوص عليه، وما لا يشبه المنصوص عليه [١٩٠أ/ ٢] يبقى على أصل الإباحة، وهناك يتصل الذهب والفضة بيده، وههنا لا يتصل بيده، فلم يكن نظير المنصوص عليه في الاستعمال، فالحاصل أن أبا حنيفة على هذا الوجه اعتبر حرمة الاستعمال فيما يتصل بيده صورة.

والثاني: أن هذا مانع فلا يكره، كالجبة المكفوفة بالحرير، والعلم في الثوب، وقياساً على الشرب من يده وعلى خنصره خاتم فضة، فإن ذلك لا يكره، وقد قال بعض مشايخنا في الشرب من الفضة الصبة، والصبة الذهب العريض أو الفضة العريضة تجعل على وجه الباب، وما أشبه ذلك أن الصفات على القصعة إذا كانت لتقوم القصعة بها لا للزينة لا بأس بوضع الفم على الصاب، وإن كانت الصاب لأجل الزينة لا لتقوم القصعة بها كره وضع الفم على الصاب.

وهذا القائل يستدل بمسألة ذكرها محمد في «السير» في باب الأنفال.

وصورتها: إذا قال الأمير للخيل: من أصاب ذهباً أو فضة فهو له، فأصاب رجل قصعة مصببة بالذهب أو الفضة، أو قدراً مصبباً، فإن كانت الصباب لزينة القصعة لا لتقوم القصعة بها كانت الصباب للمنفل له، وإن كانت الصباب لتقوم القصعة بها بحيث لو نزعت الصباب فتبقى القصعة متقومة لم يكن الصباب للمنفل له، ولأن الصباب إذا كانت لتقوم القصعة بها يعتبر من أجزاء القصعة غير الذهب والفضة معنى، ألا ترى أنه لا تجعل الصباب في هذه الصورة للمنفل له، وإنما تجعل؛ لأنها غير الذهب والفضة معنى كذا ههنا، فيجوز وضع الفم عليها.

ثم فرق بين التختم بالذهب وبالفضة فإنه حلال، وبين الجلوس على كرسي الفضة فإنه حرام.

والفرق: أنه لا بد من إطلاق القليل في الدنيا ليصير نموذجاً لما وعد الله تعالى في الآخرة لمن آمن وعمل صالحاً، ولا يطلق على وجه يصير مقصوداً، والحرير والديباج لباس أهل الجنة، قال الله تعالى: ﴿وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ﴾ [الحج: ٢٣] فيجب إطلاق القليل

منه كالعلم، والقليل من لبسه نحو الافتراش ليكون نموذجاً لذلك الكثير الكامل، فأما الفضة فليس منها في دار الآخرة لباس، وإنما يكون منه الكرسي والسرير وما أشبه ذلك، فلو أطلقنا ذلك في الدنيا لصار عين الموعود في دار الآخرة مطلقاً، وعين الموعود لا يصلح نموذجاً، فصار هذا نظير لبس الحرير الخالص، ولبس الحرير الخالص حرام، فكذلك الجلوس على الكرسي من الفضة، وصار لبس الفضة مثل افتراش الحرير.

وفي «المنتقى»: روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه كان يكره أن يستجمر بمجمر ذهب أو فضة، كما هو قول أبي يوسف، ولا خير في أن يكتحل بمكحلة من فضة، أو بميل من ذهب أو فضة وكذا المرآة ....[١]، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا بأس بحلقة المرأة من الفضة إذا كانت المرآة حريراً، وقال أبو يوسف: لا خير فيه، وذكر الحاكم في «المنتقى»: لا خير في أن يلبس الرجل ثوباً فيه كتابة بذهب أو فضة ولم يذكر أنه قول ....[١]، وذكر «القدوري»: أنه قول أبي يوسف قال: وعلى قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لا يكره، وأما المرأة فلا بأس بأن تلبسه.

وفي «الجامع الصغير»: لا يتختم إلا بالفضة؛ هذا اللفظ بظاهره يقتضي أن التختم بالذهب والحديد والصفر، والشبة وما أشبه ذلك حرام على الرجال؛ أما التختم بالذهب فحرمته على الرجال مذهب عامة العلماء، وقال بعض: لا بأس به لحديث البراء بن عازب أنه لبس خاتم ذهب، وقال: كسانيه رسول الله ﷺ، روى ابن طلحة بن عبد الله قد قيل: وعليه خاتم ذهب، وقاس التختم بالذهب على التختم بالفضة، وإنه حلال بلا خلاف.

وجه قول عامة العلماء حديث علي، وعبد الله بن مسعود، وأبي هريرة رضي الله عنهم أن رسول الله عليه السلام نهى عن ذلك، وقوله عليه السلام: «هذان حرامان على ذكور أمتي حلال لإناثها». وحديث البراء بن عازب محمول على ما قبل النهي الدليل عليه ما روي أن رسول الله ﷺ اتخذ خاتماً من ذهب، فاتخذ الناس خواتم ذهب، ثم رماه رسول الله عليه السلام وقال: «لا ألبسه» فرماه الناس[٢]، وحديث طلحة معارض لحديث علي، وابن مسعود، وأبي هريرة.

وقياس التختم بالذهب على التختم بالفضة قياس فاسد؛ لأن جواز التختم بالفضة عرف بالحديث، فإنه روي أن رسول الله عليه السلام بعدما رمى بخاتم الذهب اتخذ خاتماً من الفضة، وفي الذهب نص بخلافه، ونوع من المعنى يدل على التزين، فإن التختم بالفضة إنما جاز للحاجة إلى الختم أو ليكون نموذجاً، والحاجة تندفع بالفضة، فيبقى الذهب على أصل الحرمة.

فأما التختم بالحديد والرصاص والصفر والشبة فهو حرام على النساء والرجال

---

(١) بياض بالأصل.
(٢) أخرجه البخاري في اللباس حديث ٦٨٦٥، والنسائي في الزينة حديث ٥٢١٤.

جميعاً، والأصل فيه ما روي أن رسول الله عليه السلام؛ رأى على رجل خاتم صفر، فقال: «ما لي أجد منك ريح الأصنام، ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتماً من حديد، فقال: ما لي أرى عليك حلية أهل النار»[1]، وإذا ثبت التحريم في حق الحديد والصفر ثبت التحريم في حق الشبة؛ لأنه قد يتخذ منه الصفر فيؤخذ منه ريح الأصنام، وهو المعول عليه في النهي عن التختم بالصفر على ما وقعت الإشارة إليه في الحديث.

وأما التختم بالحجر الذي يسمى يشب فقد اختلف المشايخ فيه، وظاهر عموم النهي في الكتاب دل على الحرمة، قال: لا بأس بأن يكون الفص من الحجر، وهذا دليل على أن العبرة في الحظر والإباحة للخدم لا للفص وهو المذهب؛ لأنه إنما يصير مستعملاً للحلقة لا للفص. قال: ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في الفص؛ يريد به المسمار ليحفظ به الفص، وإنما لا يكره ذلك؛ لأنه تابع للفص، ولأنه لا يتزين به في العادة؛ لأنه لا يظهر ولا قليل، فصار كالقليل من الحرير، وقد ورد في القليل من الحرير نص، وهو قدر أربعة أصابع.

وفي «الفتاوى»: ولا بأس بأن يتخذ خاتم حديد قد سوي عليه فضة، وألبس بفضة حتى لا يرى؛ لأن التزين يقع بالفضة دون الحديد؛ لأن الحديد ليس بظاهر، ذكر في «الجامع الصغير» وينبغي أن يكون قدر فضة الخاتم المثقال ولا يزاد عليه، وقيل: لا يبلغ به المثقال، وبه وردت الآية على ما يأتي بهد هذا إن شاء الله تعالى.

ثم التختم سنة، ولكن في حق من يحتاج إلى التختم بأن يكون سلطاناً أو قاضياً، فإن النبي عليه السلام إنما تختم عند حاجته إلى الختم [٩٠ب/ ٢] فأما إذا لم يكن محتاجاً إلى الختم فالترك أفضل، وحكي أن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رأى بعض تلامذته قد تختم حالة التعلم، فقال: إذا صرت قاضياً فتختم، وذكر الفقيه أبو الليث في «البستان» كره بعض الناس اتخاذ الخاتم إلا لذي سلطان، وأجازه عامة أهل العلم، وإذا تختم ينبغي أن يجعل الفص إلى بطن الكف لا إلى ظهر الكف؛ هكذا روي عن رسول الله عليه السلام، وهذا في حق الرجال، وأما النسوان فلا يفعلن كذلك يعني لا يجعلن الفص إلى بطن الكف إن شئن؛ لأن التزين مباح لهن، والتزين لا يحصل إلا به.

قال في «الفتاوى»: وينبغي أن يلبس الخاتم في خنصره اليسرى دون سائر أصابعه، ودون اليمنى؛ لأن لبسه في اليمنى علامة الرفض، فأما الجواز ثابت في اليمنى والشمال جميعاً، وبكل ذلك ورد الأثر ذكره الفقيه أبو الليث في «البستان»، وقال عليه السلام لواحد من أصحابه: «اتخذه من ورق ولا يبلغ به مثقالاً وتختم به في يمينك»[2].

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد

---

(١) أخرجه أبو داود في الخاتم حديث ٤٢٢٣، والترمذي في اللباس حديث ١٧٨٥، والنسائي في الزينة حديث ٥١٩٥.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

بالفضة، يريده إذا تحركت الأسنان وخيف سقوطها، فأراد صاحبها أن يشدها شدها بالفضة ولا يشدها بالذهب، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال محمد: يشدها بالذهب أيضاً، ولم يذكر في «الجامع الصغير» قول أبي يوسف؛ قيل: هو مع محمد، وقيل: هو مع أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعلى هذا الخلاف إذا خلع أنفه أو أذنه فأراد أن يتخذ أنفاً أو أذناً من ذهب أو فضة، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه: يتخذ ذلك من الفضة دون الذهب، وعند محمد من الذهب أيضاً.

وعلى هذا الاختلاف إذا سقط منه فأراد أن يتخذ سناً آخر على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يتخذ من الفضة دون الذهب، وعند محمد يتخذ من الذهب أيضاً.

حجة محمد رحمه الله: ما روي أن عرفجة أصيب أنفه يوم الكلاب، فأخذ أنفاً من الفضة، فأنتن فأمره رسول الله عليه السلام أن يتخذ أنفاً من ذهب[١].

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: الشرع حرم استعمال الذهب على الرجال من غير فصل، قال عليه السلام: «هذان حرامان على ذكور أمتي»، غير أن الاستعمال لحاجة خارج عن التختم، والحاجة تندفع بالفضة وحكمه أقل، فلا يباح الذهب كما في التختم، وأما حديث عرفجة قلنا: الحاجة في حقه لا تندفع بالفضة حيث أنتن، وذكر هذه المسألة في «النوادر»، وذكر الخلاف فيها على الوجه الذي ذكر في «الجامع الصغير» فقال: على قول محمد يشدها بالذهب أيضاً؛ قال بشر: وهو قول أبي يوسف، قال: ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يشدها بالذهب، وهو قول الشافعي رحمه الله.

وذكر الحاكم في «المنتقى»: لو تحرك ثنية رجل وخاف سقوطها فشدها بذهب أو فضة، لم يكن به بأس عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فرق بين السن والأنف، فقال في السن: لا بأس بأن يشدها بالذهب، وفي الأنف كره ذلك، قال: لأن الأنف شيء ظاهر، فكان اتخاذ ذلك راجعاً إلى الزينة، فكان كاستعمال الحرير، واتخاذ الخاتم من الذهب، وأما السن فشيء باطن، فلم يكن اتخاذ ذلك راجعاً إلى الزينة، فصار كمسمار الذهب في فص الخاتم.

ومما يتصل بهذا الفصل

ما روى بشر عن أبي يوسف في «الأمالي»: أنه إذا سقط ثنية رجل، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه يكره أن يعيدها ويشدها بذهب أو فضة، وكان يقول: هي كسن منه يشدها مكانها؛ قال: ولكن يأخذ سن شاة ذكية ويشد مكانها، وقال أبو يوسف: لا بأس بأن يشد ثنية مكانه؛ قال أبو يوسف: بين سنه وبين سن ميت فرق، وإن لم يحضرني، قال بشر: قال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة عن ذلك في مجلس آخر، فلم يرَ بإعادتها بأساً.

---

(١) أخرجه أبو داود في الخاتم حديث ٤٢٣٢، والترمذي في اللباس حديث ١٧٧٠، والنسائي في الزينة حديث ٥١٦١.

الفصل الثاني عشر
في الكراهية في الأكل

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وينبغي للرجل أن لا يكثر الأكل، ولا يأكل فوق الشبع، فإن ذلك مذموم عند الله تعالى وعند الناس، وهو مضر بالبدن؛ روي عن بعض الأطباء أنه قيل له: هل نجد الطب في كتاب الله تعالى؟ قال: نعم، قد جمع الله تعالى الطب في هذه الآية، وهو قوله: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا﴾ [الأعراف: ٣١] يعني أن الإسراف في الأكل والشرب يتولد منه الأمراض، وقيل: إذا كان الرجل قليل الأكل كان أصح جسماً، وأجود حفظاً، وأذكى فهماً، وأقل نوماً، وأخف نفساً.

وذكر محمد رحمه الله في كتاب الكسب؛ وكل واحد منهي عن إفساد الطعام، قال من الإفساد السرف، والسرف في الطعام أنواع، فمن ذلك أن يأكل فوق الشبع فإنه حرام.

ومن المتأخرين من استثنى ذلك أنه إذا كان له غرض صحيح في الأكل فوق الشبع فحينئذٍ لا بأس به، وذلك بأن يأتيه ضيف بعدما أكل قدر حاجته، فيأكل لأجل الضيف حتى لا يخجل، أو يريد صوم الغد فيتناول فوق الشبع.

ومن الإسراف في الطعام الإكثار في المباحات والألوان، فذلك منهي إلا عند الحاجة؛ بأن قبل حاجة واحدة، فيستكثر من المباحات ليستوفي من كل نوع شيئاً، فيجمع له مقدار ما يتقوى به على الطاعة، وكذلك إذا كان من قصده أن يدعو بالأضياف قوماً بعد قوم إلى أن يأتوا على آخر الطعام، فلا بأس بالاستكثار في هذه الصورة.

ومن الإسراف أن يأكل وسط الخبز، ونزع حواشيه، أو يأكل ما انتفخ من الخبز كما يفعله بعض الجهال يزعمون أن ذلك ألذ، ولكن هذا إذا كان غيره لا يتناول ما ترك من حواشيه؛ فأما إذا كان غيره يتناول ذلك فلا بأس بذلك، كما لا بأس بأن يختار لتناوله رغيفاً بعد رغيف.

ومن الإسراف التمسح بالخبز عند الفراغ من الطعام من غير أن يأكل ما يتمسح به؛ لأن غيره يستقذره فلا يأكله، فإما إذا أكل ما يتمسح به فلا بأس. ومن الإسراف إذا سقط من يده لقمة أن يتركها؛ بل ينبغي أن يبدأ بتلك اللقمة؛ لأن في تركها استخفاف بالخبز، ونحن أمرنا بإكرام الخبز؛ قال عليه السلام: «أكرموا الخبز فإنها من بركات السماء والأرض»(١)، [١٩١أ/٢] وينبغي أن لا ينتظر الإدام إذا حضر الخبز، ويؤخذ في الأكل قبل أن يؤتى بالإدام.

ويستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده، فإن فيه بركة، قال سليمان: قرأت في

---

(١) أخرجه الزبيدي في إتحاف السادة المتقين ٥/ ٢١٧، والسيوطي في الدر المنثور ٣/ ١٠٤، والمتقي الهندي في كنز العمال ٤٠٧٧٦، والبخاري في التاريخ الكبير ٨/ ١٢، والفتني في تذكرة الموضوعات ١٤٤.

التوراة الوضوء قبل الطعام وبعده بركة، يعني غسل اليدين، وإذا غسل يديه بالنخالة، أو غسل رأسه بذلك أو أحرقها، فإن لم يبق فيها من الدقيق شيء، وهو بحال يعلف بها الدواب فلا بأس بذلك؛ لأنها بمنزلة التبن.

وينبغي أن يصب الماء من الآنية على يده بنفسه ولا يستعين بغيره، وقد حكي عن بعض مشايخنا أنه قال: هذا كالوضوء، ونحن لا نستعين بغيرنا في وضوئنا، ولا يؤكل طعام حار، به ورد الأثر، ولا يشم الطعام فإن ذلك عمل البهائم. ولا ينفخ في الطعام والشراب؛ لأن ذلك يسوء الأدب.

ومن السنة أن لا يأكل الطعام من وسطه، يعني في ابتداء الأكل، ومن السنة أن يلعق أصابعه قبل أن يمسحها بالمنديل، وتركه من أمر العجم والجبابرة، ومن السنة أيضاً لعق القصعة، جاء في الحديث أن النبي عليه السلام أمر بلعق القصعة[١]، ومن السنة أن يأكل ما سقط من المائدة، ومن السنة أن يبدأ بالملح، ويختم بالملح.

بيان ما يكره من الحيوانات وما لا يكره يأتي في كتاب الصيد؛ إن شاء الله تعالى.

ذكر في «عيون المسائل»: إذا مر الرجل بالثمار في أيام الصيف، وأراد أن يتناول منها، والثمار ساقطة تحت الأشجار، فإن كان ذلك في المصر لا يسعه التناول إلا إذا علم أن صاحبها قد أباح إما نصاً أو دلالة بالعادة، وإن كان في الحائط، فإن كان من الثمار التي تبقى مثل الجوز وغيره لا يسعه إلا إذا علم الإذن، وإن كان من الثمار التي لا تبقى تكلموا. قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا بأس بالأكل ما لم يتعين النهي إما صريحاً أو عادة، فإن كان ذلك في الرساتيق الذي يقال بالفارسية بير استه فإن كان من الثمار التي تبقى لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن، وإن كان من الثمار التي لا تبقى، فالمختار أنه لا بأس بالتناول ما لم يبين النهي.

وأما إذا كانت الثمار على الأشجار فالأفضل أن لا يأخذ في موضع ما إلا بإذن، إلا أن يكون موضعاً كثير الثمار؛ يعلم أنه لا يشق عليهم أكل ذلك يسعه الأكل، ولا يسعه الحمل، وأما أوراق الشجر إذا سقط على الطريق في أيام العتاق، فأخذ إنسان شيئاً من ذلك بغير إذن صاحب الشجر، فإن كان هذا ورق شجر ينتفع بورقه نحو التوت وما أشبهه؛ ليس له أن يأخذ، ولو أخذ يضمن، وإن كان لا ينتفع به له أن يأخذ، وإذا أخذ لا يضمن.

رفع الكمثرى من نهر جار ورفع التفاح وأكلهما يجوز، وإن كثر. في «فتاوى أهل سمرقند» وفي هذا الموضع: الجوز الذي يلعب به الصبيان في يوم العيد لا بأس بأكله إذا لم يكن لعبهم على وجه القمار، وفي «فتاوى أبي الليث» لا بأس بالأكل متكئاً إذا لم يكن على وجه التكبر.

الأكل يوم الأضحى قبل الصلاة فيه روايتان؛ والمختار أنه لا يكره، ولكن يستحب

---

(١) أخرجه مسلم في الأشربة حديث ٢٠٣٣.

الإمساك. أكل الطين مكروه هكذا في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله، وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح . . . .[١]: أنه إذا كان يخاف على نفسه أنه لو أكله أورثه ذلك علة أو آفة؛ لا يباح له التناول، وكذلك هذا في كل شيء سوى الطين، وإن كان يتناول منه قليلاً، وكان يفعل ذلك أحياناً لا بأس به، والمرأة إذا اعتادت أكل الطين تمنع من ذلك إذا كان ذلك يوجب نقصاناً في جمالها في هذا الموضع أيضاً.

ومما يتصل بمسائل

الأكل ووضع المملحة على الخبز على الخوان، وإنه مكروه؛ لأنه استخفاف بالخبز، ولكن ينبغي أن يوضع الملح وحده على الخبز، هكذا ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»، وكان الفقيه أبو القاسم الصفار رحمه الله يقول: لا أجد نية الذهاب إلى الضيافة سوى أن آمر برفع المملحة عن الخبز، وأئمة بخارى لم يروا به بأساً، وكذلك تعليق الخبز بالخوان مكروه، وكذلك يكره وضع الخبز تحت القصعة، وفي مسح الإصبع والسكين بالخبز إذا كان يأكل، وكذا الخبز بعد ذلك، ومن مشايخ زماننا من أفتى بكراهة مسح الإصبع والسكين بالخبز، وإن أكل الخبز.

بعد ذلك مضغ العلك للنساء لا بأس به بلا خلاف واختلف المشايخ في مضغه للرجال؛ منهم من كره ذلك، ومنهم من قال: إن كان الرجل يمضغ كما تمضغ المرأة، وكان يرىٰ هيئته هيئة النساء يكره، وإن كان يمضغ جلداً كمضغ الرغيف؛ لا يكره. قال شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصوم: والصحيح أنه لا بأس به في حق الرجال والنساء جميعاً إن كان لغرض صحيح.

وفي «مختلفات الفقيه أبي الليث»: إذا ماتت دجاجة وخرج منها بيضة؛ جاز أكلها عند أبي حنيفة رضي الله عنه اشتد قشرها أو لم يشتد، ويجوز استعمال . . . .[١] الميت عند أبي حنيفة مائعة كانت أو جامدة، ومن ظاهره عنده على كل حال، وعندهما إن كانت مائعة فهي نجسة فلا تستعمل، وإن كانت جامدة تغسل وتستعمل.

الفصل الثالث عشر
في الهبة، ونثر الدراهم، والسكر، وما رماه صاحبه

ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»: أن الهبة جائزة إذا أذن صاحبها فيها، والأصل فيه ما روي عن رسول الله عليه السلام أنه نحر خمس بدنات أو ست بدنات، وقال: «من شاء اقتطع»[٢].

إذا عرفنا هذا فنقول: إذا وضع الرجل مقداراً من السكر، أو عدداً من الدراهم بين

---

(١) بياض بالأصل.
(٢) أخرجه أبو داود في المناسك حديث ١٧٦٥.

قوم، وقال: من شاء أخذ منه شيئاً، أو قال: من أخذ منه شيئاً فهو له، فكل [من أخذ] منه شيئاً يصير ملكاً له، ولا يكون لغيره أن يأخذ ذلك منه؛ لأن هذا بمنزلة الهبة منه.

بيانه: أن قول صاحب السكر والدراهم: من أخذ منه شيئاً فهو له؛ تمليك للسكر، والدراهم من الآخر بغير مال، وهو تفسير الهبة، والأخذ من الآخذ قبول لتلك الهبة، فقد جرى بين صاحب الدراهم والسكر وبين الآخذ عقد الهبة، وقد اتصل بها القبض فيصير المقبوض ملكاً للقابض، فهو معنى قولنا: إن هذا بمنزلة الهبة.

فإن قيل: هذا التصرف إن كان تمليكاً من الآخذ إلا أنه كما يحتمل الهبة منه؛ يحتمل الإقراض منه، وجعله إقراضاً أولى؛ لأنه أقل، فيكون متيقناً هذا كما قلنا فيمن دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: خذ هذه الدراهم فاعمل بها على أن يكون الربح كله لك، كان ذلك إقراضاً ولم يكن هبة؛ لأنه احتمل كلا الأمرين والقرض أقلها، وكذلك إذا دفع الرجل إلى رجل كر حنطة، وقال: ازرعه في أرضي على أن يكون الخارج كله [٩١ب/ ٢] لك؛ كان معيراً للأرض منه، ومقرضاً الكر منه، وإن لم يجعل هبة منه وطريقه ما قلنا، وجواب هذا هكذا في كل موضع لم يترجح احتمال كونه هبة على احتمال كونه قرضاً كما في تلك المسألتين، وههنا احتمال كونه هبة ترجح بحكم العرف، فإن المتعارف والمعتاد فيما بين الناس أنهم يريدون في مثل هذا الهبة دون القرض؛ الدليل عليه أنه كما جرى التعارف بهذا فيما يصح فيه الإقراض، وهو ما كان من ذوات الأمثال؛ جرى فيما لا يصح فيه الإقراض، وهو ما ليس من ذوات الأمثال، فإن التاجر إذا أثقل عليه أمتعته في المفازة وعجز عن حمله يطرحها، ويقول: من أخذ شيئاً فهو له، وههنا لا يمكن حمله على القرض؛ لأن إقراض المتاع لا يصح، فعلمنا أن المتعارف من مثل هذا التصرف الهبة دون القرض، والدليل عليه أن الناس تعارفوا نثر السكر والدراهم في العرس والوليمة، وأحد لم يقل بأن المأخوذ يكون قرضاً على الآخذ؛ مع أنه يصلح للقرض، فعلمنا أن المتعارف في هذا الباب الهبة دون القرض.

فإن قيل: كيف يمكن أن يجعل هذا هبة، وإن الموهوب له وقت الهبة مجهول، وجهالة الموهوب له وقت الهبة تمنع جواز الهبة؛ ألا ترى أنه لو قال: وهبت هذا العين لواحد من عرض الناس كانت الهبة فاسدة، وفسادها بجهالة الموهوب له، وكذلك الموهوب مجهول، وجهالة الموهوب تمنع جواز الهبة.

والجواب أن الموهوب له والموهوب وإن كانا مجهولين وقت الهبة، إلا أن هذه الجهالة تزول عند القبض، وما يمنع جواز الهبة إذا زال وقت القبض يحكم بجواز الهبة، ويجعل كأنه لم يوجد وقت الهبة؛ ألا ترى أن من وهب من رجل مشاعاً يحتمل القسمة، وقسمه وسلم تجوز الهبة، ويجعل كأن الهبة من الابتداء وردت على المقسوم، وهذا لما عرف أن تمام الهبة بالقبض، فتكون العبرة لحالة القبض، ووقت القبض الهبة معلومة، والموهوب له معلوم، فيجوز كما لو وهبه منه عند الأخذ، وكذلك الموهوب إذا كان غائباً عن مجلس الهبة، وإن الواهب أمر الموهوب له بقبضها فقبض جازت الهبة لما ذكرنا أن

العبرة لحالة القبض، وصار من حيث المعنى كأنه قال: اقبضها، ثم أمسكها لنفسك هبة، وكذلك إذا وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه يجوز؛ لأن الهبة عند القبض تصير عيناً، فكأنه قال: اقبضه ثم اجعله لنفسك هبة، فكذا ههنا عند الأخذ يصير كأن المالك قال له: خذه هبة لك، وعند الأخذ الهبة والموهوب له معلومان، والدليل عليه فصل نثر السكر في العرس وغيره، فإن هناك من أخذ شيئاً يصير ملكاً له؛ لأن صاحب السكر بالنثر ملك السكر ممن ينتهبه؛ لأنه نثره للاتهاب، وصار راضياً بصيرورة المتهب ملكاً للمتهب بالاتهاب، ويصير عند الاتهاب كأنه قال للمتهب: هو لك هبة فجاز لكون الموهوب له معلوماً وقت الأخذ، وإن كان مجهولاً وقت النثر كذا ههنا.

اختلف المشايخ في نثر الدراهم والدنانير والفلوس التي كتب عليها اسم الله تعالى، منهم من كره ذلك؛ لأنها بين قوائم الذين ينتهبونها فيطؤوها، وفيه ترك تعظيم اسم الله تعالى، ومنهم من لم يكره ذلك؛ لأنه يقصد بذلك تعظيم الدراهم وإعزازها لا ....[1] لذلك ...[1].

وإذا نثر السكر فحضر رجل لم يكن حاضراً وقت النثر قبل أن ينتهب المنثور، وأراد أن يأخذ منه شيئاً هل له ذلك؟ اختلف المشايخ فيه؛ قال بعضهم: له أن يأخذ، واستدل هذا القائل بقول النبي عليه السلام: «من شاء اقتطع»[2]، ومعلوم أن هذا يتناول الحاضر، والذي يحضر. وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول: ليس له ذلك.

وإذا نثر السكر ووقع في ذيل رجل أو كمه وأخذه غيره؛ كان ذلك للآخذ؛ هكذا ذكر في «المنتقى»، وذكر هذه المسألة في «فتاوى أهل سمرقند» وفصل الجواب تفصيلاً، قال: إن كان بسط ذيله أوكمه، ليقع عليه السكر لا يكون لأحد أخذه، ولو أخذه كان لصاحب الذيل والكم أن يسترده منه، وإن لم يبسط ذيله أو كمه لذلك فالسكر للآخذ، وليس لصاحب الذيل والكم أن يسترده منه.

وإذا دخل الرجل مقصورة الجامع، ووجد فيها سكراً جاز له الأخذ؛ إلا على قول الفقيه أبي جعفر؛ لأن السكر إنما يدخل في المقصورة لأجل النثار في العقد غالباً، فصار بقية النثار غالباً إلا أن هذا الرجل لم يكن حاضراً وقت النثر، فلا يملك الأخذ على قول الفقيه أبي جعفر، ولو مر بسوق ....[1] فوجد سكراً ملقىً لم يسعه أن يأخذها؛ لأن الغالب أنه سقط من حوانيتهم، والحكم للغالب.

وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا دفع الرجل إلى غيره سكراً، أو دراهم لينثره على العروس، فأراد أن يحبس لنفسه شيئاً، ففيما إذا كان المدفوع دراهم ليس له ذلك؛ لأنه مأمور بالنثر لا بالحبس، وكذا ليس له أن يدفع الدراهم إلى الغير لينثر ذلك الغير؛ لأن صاحب الدراهم ائتمنه ...[1] ائتمن غيره، وإذا نثر ليس له أن يلتقط منه شيئاً، وفيما إذا

---

(١) بياض بالأصل.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه قبل قليل.

كان المدفوع سكراً، له أن يحبس قدر ما يحبسه الناس في العادة، هكذا اختيار الفقيه أبي الليث قال: لأن أمر السكر على السهولة، وأمر الدراهم على الاستقصاء، وبعض مشايخنا قالوا: ليس له ذلك، قال الفقيه أبو الليث: وله أن يدفع السكر إلى غيره لينثر، وإذا نثر له أن يلتقط، وبعض مشايخنا قالوا: ليس له ذلك كما في الدراهم.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف: رجل نفق حماره وألقاه في الطريق فجاء إنسان وسلخه، ثم جاء صاحب الحمار فلا سبيل له على أخذ الجلد، ولو لم يلق الحمار على الطريق فأخذه رجل من منزل صاحبه وسلخه وأخذ جلده، فلصاحب الجلد أن يأخذ الجلد، ويرد ما زاد الدباغ فيه.

وعنه أيضاً: في شاة ميتة نبذها أهلها، فأخذ رجل صوفها وجلدها فدبغها فذلك له، فإن جاء صاحبها بعد ذلك أخذ الجلد ورد ما زاد الدباغ فيه، وجوابه في مسألة الشاة يخالف جوابه في مسألة الحمار، فيكون كل واحد من المسألتين نقضاً على الأخرى، فيصير في المسألتين روايتان، ومن هذا الجنس مسائل كثيرة تأتي في كتاب اللقطة إن شاء الله تعالى [١٩٢أ/ ٢].

الفصل الرابع عشر
في الكسب

بدأ محمد رحمه الله كتاب «الكسب» الذي صنعه بحديث رواه ابن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «طلب الكسب فريضة على كل مسلم»(١)، كما أن طلب العلم فريضة؛ وهذا لأن الله تعالى فرض الفرائض على عباده، ولا يتوصل إلى أداء الفرائض إلا بالكسب، فكان فريضة بمنزلة الطهارة لأداء الصلاة، ولأن ذلك يمكنه من أداء الفرائض بقوة بدنه، ولا حصول لقوة البدن عادة إلا بالقوت، ولا حصول للقوت، وكذلك لا بد للصلاة من ستر العورة، إنما يحصل بالثوب، وطريق تحصيل الثوب الكسب، فهو معنى قولنا: لا يتوصل إلى أداء الفرائض إلا بالكسب فصار فرضاً؛ كيف وإن الله تعالى أمرنا بالتجارة في كتابه، لقوله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠] والمراد منه التجارة والأمر على الوجوب، ولأن الكسب طريق الأنبياء والرسل عليهم السلام، أول من اكتسب أبونا آدم عليه السلام، فلما أهبط إلى الأرض أتاه جبرائيل عليه السلام بالحنطة وأمره أن يزرعها، فزرعها وسقاها وحصدها ودرسها وطحنها وخبزها. وكذلك نوح عليه السلام كان نجاراً يأكل من كسبه، وإدريس عليه السلام كان خياطاً، وإبراهيم عليه السلام كان بزازاً، وداود كان بزازاً حتى روي أن

(١) أخرجه الزبيدي في إتحاف السادة المتقين ٤/ ١٣٨، والتبريزي في مشكاة المصابيح ٢٧٨١، والمتقي الهندي في كنز العمال ٩٢٣١، والعجلوني في كشف الخفاء ٢/ ٩٥.

نبينا عليه الصلاة والسلام، قال: «عليكم بالبز، فإن أباكم إبراهيم كان بزازاً»(١)، وداود عليه السلام كان يصنع الدرع، وسليمان عليه السلام كان يصنع المكاييل، وزكريا عليه السلام كان نجاراً، وعيسى عليه السلام كان يأكل من غزل أمه، وربما كان يلتقط السنابل، فعلم أن الكسب طريق الأنبياء والمرسلين صلاة الله عليهم أجمعين، ونحن أمرنا بالاقتداء بهم قال الله تعالى: ﴿فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْ﴾ [الأنعام: ٩٠].

ثم الكسب على مراتب، فمقدار ما لابد لكل أحد منه يعني ما يقيم به صلبه يفترض على كل أحد اكتسابه ههنا؛ وكذلك إذا كان له عيال من زوجة، وأولاد صغار، فإنه يفترض عليه الكسب بقدر كفايتهم عيناً؛ لأن نفقة الزوجة مستحقة على الزوج، وكذلك نفقة الولد مستحقة على الوالد، ولا يتوصل إليها إلا بالكسب، فصار الكسب مستحقاً عليه، وكذلك إذا كان له أبوان معسران يفترض عليه الكسب بقدر كفايتهما؛ لأن نفقتهما فرض عليه، وما زاد على قدر كفايته وكفاية عياله مباح إذا لم يرد به الفخر والرياء.

ثم المذهب عند جمهور الفقهاء: أن جميع أنواع الكسب في الإباحة على السواء فبعض الفقهاء قالوا: الزراعة مذمومة، والصحيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فقد صح أن رسول الله ﷺ أزدء(٢) بالحرف قال عليه السلام: «اطلبوا الرزق في خبايا الأرض»(٣) يعني الزراعة، فكان لابن مسعود والحسن بن علي وأبي هريرة أراض بسواد العراق يزرعونها ويؤدون خراجها.

ثم اختلف مشايخنا في التجارة والزراعة أيهما أفضل؛ قال بعضهم: التجارة أفضل، قال عمر رضي الله عنه: لأن أموت بين شعبتي رحلي أضرب في الأرض أبتغي من فضل الله أحب إليَّ من أن أقتل مجاهداً في سبيل الله. وأكثر مشايخنا على أن الزراعة أعم نفعاً؛ لأنه يتناول مما حصل بزرعه هو والدواب.

قال: وعلى الناس اتخاذ . . .(٤) لنقل الماء إلى النساء؛ لأنها تحتاج إلى الماء للشرب، ولا يمكنها الخروج للشرب من الأنهار، والحياض؛ لأنهن أمرن بالقرار في البيوت، فكان على الزوج أن يأتي بذلك إليها؛ لأن الشرع ألزمه ما هو من حوائجها كالنفقة، والماء من حوائجها.

قال: ومن امتنع من الأكل حتى مات وجب عليه دخول النار؛ لأنه قتل نفسه قصداً، فهو بمنزلة ما لو قتل نفسه بحديدة. وفي «واقعات الناطفي»: إسكاف أمره إنسان أن يتخذ له خفاً مشهوراً على زي الفسقة أو المجوس، وزاد له في الأجرة له أن يفعل ذلك، وكذلك الخياط إذا أمره إنسان أن يخيط له ثوباً على زي الفساق، وذلك مكعب الرجال مع سرير وقع الزنار من النصارى، وبيع قلنسوة المجوس من المجوسي جائز من

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.
(٢) أزدء: كذا بالأصل، ولعلها: ازدرأ، والله أعلم.
(٣) أخرجه العجلوني في كشف الخفاء ١/ ١٥٤، والمتقي الهندي في كنز العمال ٩٣٠٢.
(٤) بياض بالأصل.

غير كراهة، وقالوا: وبيع مكعب الفصص من الرجال إذا علم أنه ملبوس مكروه، والكلام ههنا أظهر من الكلام في بيع المكعب مع سريره.

في «العيون»: إذا استأجره رجل لغسل الميت فلا أجر له، لو استأجره لحمل الميت أو حفر القبر فله الأجر. في «القدوري» ذكر مسألة الغسل وحمل الميت، وقصد الجواز فيهما تفصيلاً، فقال: إن كان في موضع لا يجد من يغسله أو يحمله غير هؤلاء فلا أجر لهم، وإن كان ثم إنسان غيرهم فلهم الأجر، وستأتي هذه المسألة في كتاب «الإجارات» إن شاء الله تعالى.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: استأجر رجلاً لضرب الطبل؛ إن كان للهو لا يجوز؛ لأنه معصية، وإن كان للعدو والقافلة يجوز؛ لأنه طاعة. وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد امرأة نائحة، أو صاحب طبل أو مزمار اكتسب قال: إن كان على شرط رده على أصحابهم إن عرفهم يريد بقوله على شرط إن شرطوا لها أو له مالاً بإزاء النياحة أو بإزاء الغناء؛ وهذا لأنه إذا كان الأخذ على شرط كان المال بمقابلة المعصية، فكان الأجر معصية، والسبيل في المعاصي ردها، ولذلك ههنا يرد المأخوذ إن تمكن من رده بأن عرف صاحبه، وبالتصدق منه إن لم يعرفه ليصل إليه نفع ماله إن كان لا يصل إليه عين ماله؛ أما إذا لم يكن الأخذ على شرط لم يكن الأخذ بمعصية، والرفع حصل عن المالك برضاه فيكون له [٩٢ب/ ٢] ويكون حلالاً له.

فيه أيضاً عن محمد في «الكسب»: إن قضى به دينه لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه؛ لأنه في يده بمنزلة الغصب، وأما في القضاء فهو مخير على الأخذ، وينبغي على قياس المسألة المتقدمة أنهاإذا أخذت ذلك من غير شرط أن يسع رب الدين أن يأخذه.

فيه أيضاً عن أبي يوسف: إذا ورث خمراً، وهم مسلمون لا أقسم الخمر بينهم، ولكنها تتخلل ثم تقسم.

مات وماله من بيع السارق إن تورع الورثة عن أخذ ذلك كان أولى، ويردوا على أربابها إن عرفوا أربابها؛ لأنه تمكن فيه نوع خبث، وإن لم يعرفوا أربابها، فالميراث حلال لهم في الحكم، ولا يلزمهم التصدق به وفسقا بأخذ هذا بل هو حرام مطلق على الورثة، قال: وإن تورعوا أو تصدقوا كان أولى، وكذا الجواب فيما إذا أخذه برشوة ظلماً إن تورع الورثة كان أولى، وإذا أراد الوارث أن يتصدق بين خصمائه.

في «فتاوى أهل سمرقند»: وأما الذي تأخذه النائحة والقوال والمغني فالأمر فيه أيسر؛ لأن فيه إعطاء برضاه من غير عقد، وقد ذكرنا الكلام في كسب المغنية والنائحة قبل هذا، والفتوى على ما ذكرنا قبل هذا.

سئل الفقيه أبو جعفر عمن اكتسب ماله من أمر السلطان، وجمع المال من أخذ الغرامات المحرمة وغير ذلك؛ هل يحل لأحد عرف ذلك أن يأكل من طعامه؟ قال: أحب إلي في دينه أن لا يأكل، ويسعه أكلها حكماً إذا كان الطعام لم يقع في يد المطعم غصباً أو رشوة.

رجل يبيع التعويذ في المسجد، ويكتب فيه التوراة والإنجيل، ويأخذ عليه مالاً، ويقول: إني أوقع هذا هدية لا يحل له المأخوذ؛ لأنه نص على الهدية، وأخذ المال لا يجوز.

ذكر رحمه الله تعالى في كتاب «الكسب» كسب الخصي حرام لم يرد به ما اكتسبه، وإنما أراد به أن اتخاذه خصياً، وإخصاؤه مكروه؛ نقل عن كتاب «الطحاوي» هكذا، والله أعلم.

الفصل الخامس عشر
في نقل الميت

روى ابن أبي مليكة: أن عبد الرحمن بن أبي بكر مات خارج مكة على اثني عشر ميلاً، فنقل إلى مكة ودفن بمكة، فجاءت حاجة أو معتمرة وزارت قبره، وقالت: أما والله لو شهدتك ما دفنتك إلا في مكانك الذي مت فيه؛ قولها أما والله لو شهدتك ما زرتك تكلم المشايخ في تأويله وفي معناه، بعضهم قالوا: أرادت بهذا بيان أن زيارة القبور ليست بواجبة، وإلى هذا القول مال القاضي الإمام علي السغدي، وبعضهم قالوا: أرادت بهذا بيان عذرها في زيارته، فإن ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله زوارات القبور»(١) تمنع النساء عن زيارة القبور والحديث وإن كان مؤولاً، فلحشمة ظاهرة، قالت ما قالت، ووجه العذر أنه قال: عليها لقاؤه عند الموت فزارت قبره ليكون لقاء قبره قائماً مقام لقائه عند الموت، وإلى هذا مال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي، وبعضهم قالوا: أرادت بهذا بيان أن زيارة القبور مع أنها مكروهة في حق النساء، وإن الحديث الوارد في هذا الباب منسوخ نسخه قوله عليه السلام «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها ولا تقولوا هجراً»(٢) ولكن الترك أولى إلا أنها قالت: لو شهدتك ما زرتك، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام شيخ الإسلام، وقولها: لو شهدتك ما زرتك إلا في مكانك الذي مت فيه؛ دليل دفن الميت في مكانه الذي مات فيه، وفي مقابر ذلك القوم أفضل.

قال محمد رحمه الله في «السير»: أحب إلينا أن ندفن الميت والقتيل في المكان الذي مات فيه في مقابر المسلمين . . .(٣) وإن نقل ميلاً أو ميلين أو نحو ذلك فلا بأس به، فقد نهى الناس عن النقل ميلاً أو ميلين، فهذا دليل على أن الزيادة على ذلك مكروه، وإنما صار قدر ميلين عفواً؛ لأنه لا بد منه في الأعم الأغلب، فإن الغالب في كل بلد أن تكون مقابرها بفنائها، وربما يكون من المكان الذي مات فيه إلى المقبرة قدر ميلين فصار هذا القدر عفواً، فأما الزيادة على ذلك . . . .(٣) الأعم والأغلب، وفيه تشبه باليهود

---

(١) أخرجه الترمذي في الجنائز حديث ١٠٥٦، وابن ماجه في الجنائز حديث ١٥٧٤.
(٢) أخرجه النسائي في الجنائز حديث ٢٠٣٣.
(٣) بياض بالأصل.

وحمل الجنائز من غير فائدة فيكره؛ قال شمس الأئمة السرخسي في شرح «السير»: لو لم يكن في نقله إلا تأخير دفنه، لكان كافياً في كراهته، وذكر شيخ الإسلام في «شرحه»: أن نقل الميت من بلد إلى بلد لغرض ليس بمكروه.

وفي «العيون»: ذكر مطلقاً أن نقل الميت من بلد إلى بلد ليس بمكروه، وحكم قراءة القرآن في المقابر مر قبل هذا فلا نعيده.

الفصل السادس عشر
في معاملة أهل الذمة

. . . . . . [1] التي تعود إليهم يجب أن يعلم بأن أهل الذمة لا يمنعون عن الدخول في سائر المساجد، سوى المسجد الحرام عندنا خلافاً لمالك، وهل يمنعون؛ ذكر في «الجامع» ذكر محمد رحمه الله تعالى في «السير الكبير» في باب دخول الكافر في المسجد: أنهم يمنعون، وذكر في «الجامع الصغير:» أنهم لا يمنعون، وهكذا ذكر الكرخي في «مختصره»؛ قيل: ما ذكر في «الجامع الصغير» قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه كان يقول محمد أولاً ثم رجع وقال: يمنعون، وهو المذكور في «السير».

فوجه قول محمد الآخر قول الله تعالى: ﴿فَلَا يَقْرَبُواْ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَـٰذَاۚ﴾ [التوبة:٢٨] أي بعد عام الفتح، فقد خص المسجد الحرام بالنهي عن الدخول، فيدل على حرمة الدخول إليه، واختصار الحرمة عليه.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن القاضي إنما يجلس للقضاء في المسجد الحرام، وأهل الذمة لا يجدون بداً من رفع خلافاتهم إليه، وكذلك المسألة ربما يكون به حق على الذمي فلا يجد بداً من إدخاله المسجد، فلو لم يجز لهم الدخول في المسجد الحرام أدى إلى إبطال حقوقهم، وحقوق المسلمين، وفساد ذلك ما لا يخفى بهذا الطريق؛ جاز الدخول في سائر المساجد، والجواب عن التعليق بالآية ما حكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني: أنه ليس المراد من القربان المذكور في الآية القربان من جهة الدخول، وإنما المراد القربان من حيث التدبير والاستيلاء، والقيام بالعمارة، فرؤساء قريش كانوا يلون ذلك قبل الفتح، وبعد الفتح منعوا عن ذلك، فإنه روي عن النبي عليه الصلاة والسلام: أنه لما دخل مكة عام الفتح أخذ مفاتيح المسجد منهم، ودفعها إلى من أراد من المسلمين.

وجواب آخر إن كان المراد من القربان المذكور في الآية الدخول، ولكن على الوجه الذي اعتادوا في الجاهلية، وهو الدخول لعبادة غير الله تعالى والطوف لا على الوجه المشروع، فإنه روي أنهم كانوا يطوفون بالبيت عرياناً.

---

(١) بياض بالأصل.

ثم إن أصحابنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الكافر وبين المسلم [١٩٣/ ٢] الجنب، فلم يجوزوا للمسلم الجنب الدخول في المسجد؛ مع أن الكافر جنب، قال: من الكفار من لا يغتسل ومنهم من يغتسل، ولكن لا يدري كيفيته، ولهذا يؤمر بالاغتسال إذا أسلم، والفرق: أن المسلم يدين وجوب الاغتسال بالجنابة، ويعتقد كون الجنابة مانعة من دخول المسجد فتعاملنا معه على حسب اعتقاده، وثبتنا الحكم على ما يدينه، فأما الكافر فلا يدين وجوب الاغتسال بالجنابة أو لا يدين كيفيته ولا يعتقد الجنابة مانعة من الدخول في المسجد، فتعاملنا معه على حسب اعتقاده، وثبتنا الحكم في حقه على ما يدينه فلهذا افترقا.

وإذا قال الكافر من أهل الحرب، أو من أهل الذمة لمسلم: علمني القرآن فلا بأس بأن يعلمه، ويفقهه في الدين؛ علل فقال: لعله يقبل بقلبه؛ قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة:٦] معناه حتى يسمع فيفهم، فيقف على مجلس الإسلام والشريعة، فربما يرغب في الإيمان، وهو معنى قول محمد في «الكتاب»: لعله يقبل قلبه، وروي أن واحداً من الكفار سمع القرآن فأسلم، وقال: وجدت له حلاوة.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي: وتعليم الفقه كذلك أيضاً؛ لأن في الفقه معالم الدين، وسنن الهدى، فربما يصير ذلك سبباً لإسلامه.

قال محمد رحمه الله: يكره الأكل والشرب في أواني المشركين قبل الغسل؛ لأن الغالب والظاهر من حال أوانيهم النجاسة، فإنهم يستحلون الخمر والميتة ويشربون ذلك، ويأكلون من قصاعهم وأوانيهم، فكره الأكل والشرب فيها قبل الغسل اعتباراً للظاهر، كما كره التوضؤ بسؤر الدجاجة؛ لأنها لا تتوقى من النجاسات في الغالب، والظاهر مع هذا لو أكل أو شرب فيها قبل الغسل جاز، ولا يكون آكلاً ولا شارباً حراماً؛ لأن الطهارة في الأشياء أصل والنجاسة عارض، فيجري على الأصل حتى يعلم حدوث العارض، وما يقول بأن الظاهر هو النجاسة، قلنا: نعم، ولكن الطهارة كانت ثابتة، واليقين لا يزال إلا بيقين مثله؛ ألا ترى أنه لو أصاب عضو إنسان أو ثوبه سؤر الدجاجة، أو الماء الذي أدخل فيه يده، وصلى مع ذلك جازت صلاته، وطريقه ما قلنا: أن الأصل في الأشياء الطهارة، وقد تيقنا بالطهارة وشككنا في النجاسة فلا تثبت النجاسة بالشك، وهذا إذا لم يعلم بنجاسة الأواني.

فأما إذا علم فإنه لا يجوز أن يشرب ويأكل منها قبل الغسل، ولو شرب أو أكل كان شارباً وآكلاً حراماً، وهو نظير سؤر الدجاجة إذا علم أنه كان على منقارها نجاسة، فإنه لا يجوز التوضؤ به.

والصلاة في سراويلهم نظير الأكل والشرب من أوانيهم، إن علم أن سراويلهم نجسة لا تجوز الصلاة فيها، وإن لم يعلم تكره الصلاة فيها، ولو صلى يجوز، ولا بأس بطعام اليهود والنصارى كله من الذبائح وغيرها لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ

لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] من غير فصل بين الذبيحة وغيرها، ويستوي الجواب بين أن يكون اليهود والنصارى من بني إسرائيل أو من غيرهم، كنصارى العرب؛ لأن ما تلونا من الآية لم تفصل.

ولا بأس بطعام المجوس كله إلا الذبيحة، فإن ذبيحتهم حرام، قال عليه السلام: «سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم»(١) ولم يذكر محمد رحمه الله الأكل مع المجوسي ومع غيره من أهل الشرك أنه هل يحل أم لا، وحكي عن الحاكم عبد الرحمن الكاتب أنه إن ابتلي به المسلم مرة أو مرتين فلا بأس به، فأما الدوام عليه يكره؛ لأنا نهينا عن مخالطتهم وموالاتهم وتكثير سوادهم، وذلك لا يتحقق في الأكل مرة أو مرتين، إنما يتحقق بالدوام عليه.

رجل له امرأة ذمية، أو أب ذمي ليس له أن يقوده إلى البيعة، وله أن يقوده من البيعة إلى منزله؛ لأن الذهاب إلى البيعة معصية وإلى المنزل لا، ولا يحمل الخمر إلى الخل ولكن يحمل الخل إليها، وكذلك لا يحمل الجيفة إلى الهرة ويحمل الهرة إلى الجيفة.

مسلم له امرأة من أهل الذمة ليس له أن يمنعها من شرب الخمر؛ لأنه حلال عندها، لكن يمنعها من ادخارها في بيته، ولا يجبرها على الغسل من الجنابة؛ لأن ذلك ليس بواجب عليها.

وقال في «القدوري»: في النصرانية تحت مسلم لا تنصب في بيته صليباً، وتصلي في بيته حيث شاءت، ومن سأل من أهل الذمة مسلماً عن طريق البيعة فلا ينبغي له أن يدل عليه؛ لأنه أعانه على المعصية، ولا بأس بالذهاب إلى ضيافة أهل الذمة؛ لأنه نوع بر، وإذا آجر المسلم نفسه من ذمي ليعصر له فيتخذ خمراً فهو مكروه، ولو آجر نفسه ليعمل في الكنيسة ويعمرها فلا بأس به؛ إذ ليس في نفس العمل معصية، ولا بأس أن يصل المسلم المشرك قريباً كان أو بعيداً، محارباً كان أو ذمياً، وأراد بالمحارب المستأمن، فأما إذا كان غير مستأمن فلا ينبغي بأن يصله بشيء، والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٨] الآية إلى آخرها، فالله تعالى بين بأول الآية أنه ما نهانا عن مبرة الذمي، وبين بآخر الآية أنه نهانا عن مبرة أهل الحرب؛ إلا أن المستأمن صار مخصوصاً عن آخر الآية؛ لأن الأمان المؤبد أو المؤقت خلف عن الإسلام في أحكام الدنيا، فكما لا يكون بصلة المسلم بأساً، فلا يكون بصلة المستأمن بأساً؛ بخلاف غير المستأمن؛ لأنه لم يوجد في حقه ما هو خلف عن الإسلام؛ حتى يلحق بالمسلم في حق هذا الحكم، فبقي داخلاً تحت النهي؛ هذا هو الكلام في صلة المسلم المشرك.

جئنا إلى صلة المشرك المسلم، فقد روى محمد رحمه الله في «السير الكبير» أخباراً متعارضة في بعضها أن رسول الله ﷺ قبل هدايا المشرك، وفي بعضها أنه لم يقبل، فلا

(١) أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٧٢، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢/ ٢٠٥.

بد من التوفيق، واختلفت عبارة المشايخ في وجه التوفيق، فعبارة الفقيه أبي جعفر الهندواني أن ما روي أنه لم يقبلها محمول على أنه لم يقبلها من شخص غلب على ظن رسول الله عليه السلام أنه وقع [٩٣ب/ ٢] عند ذلك الشخص أن رسول الله عليه السلام إنما يقاتلهم طمعاً في المال؛ لا لإعلاء كلمة الله، ولا يجوز قبول الهدية من مثل هذا الشخص في زماننا، وما روي أنه قبلها محمول على أنه قبل من شخص غلب على ظن رسول الله أنه وقع عند ذلك الشخص أن رسول الله عليه السلام إنما يقاتلهم لإعزاز الدين، وإعلاء كلمة الله لا لطلب المال، وقبول الهدية من مثل هذا الشخص جائز في زماننا أيضاً؛ لأن قبول الهدية حينئذٍ لا يكون لترك القتال بل للتألف وإنه جائز.

ومن المشايخ من وفق من وجه آخر، فقال: لم يقبل من شخص علم أنه لو قبل منه تقل صلابته وعزمه في حقه، وبين له بسبب قبول الهدية على ما قال عليه السلام: «الهدية تذهب وحر الصدر»[1] ومتى كانت الحالة هذه لا يجوز قبول الهدية؛ لأن سبيل المسلم أن يكون غليظاً شديداً على الكفرة، وقبل من شخص علم أنه لا تقل صلابته، وعزمه في حقه، ولا يلين له بسبب قبول الهدية.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: ويأمر الإمام أهل الذمة بإظهار الاستنحاب والركوب على السرج الذي هو كهيئة الأكف؛ هذا هو لفظ «الجامع الصغير»، ولفظ كتاب العشر والخراج من «الأصل»: وينبغي أن لا يترك أحداً من أهل الذمة يتشبه بالمسلمين في ملبوسه ولا في ركوبه، ولا في زيه وهيئته، والأصل فيه ما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه كتب إلى أمراء الأمصار أن لا يتركوا أهل الذمة يتشبهون بالمسلمن في لباسهم، ومركبهم، وهيآتهم، فهذا روي عن عمر رضي الله عنه ولم يرو عن غيره خلافه، فحل محل الإجماع.

قال: ويمنعون عن ركوب الفرس؛ لأن ركوب الفرس من باب العز والشرف، وما كان من باب العز فأهل الذمة يمنعون عنه؛ لأنهم من أهل الصغار، فيمنعون عنه إلا إذا وقعت الحاجة إلى ذلك؛ بأن استعان الإمام بهم في المحاربة، والذب عن المسلمين، ولا يمنعون عن ركوب البغل؛ لأنه نتيجة الحمار، ولا يمنعون من ركوب الحمار؛ لأن كل أحد لا يقدر على المشي، لكنهم يمنعون من أن يضعوا على الراكب سرجاً كسرج المسلمين، وينبغي أن يكون على قربوس سرجهم مثل الرمانة؛ وهذا لأنهم كما أمروا بالمخالفة في هيئة اللباس، فكذلك أمروا بالمخالفة في هيئة المركب من حديث عمر رضي الله عنه.

واختلفوا في قوله وعلى قربوس السرج مثل الرمانة؛ قال الفقيه أبو جعفر: لم يرد بقوله: وعلى قربوس السرج مثل الرمانة أن يكون مقدم سروجهم مثل مقدم سروجنا، ثم تكون عليه رمانة، وإنما أراد به أن يكون مقدم سرجهم مثل مقدم الإكاف، وهو كالرمانة

(١) أخرجه الترمذي في الولاء والهبة حديث ٢١٣٠.

وغيره. قال: أراد به أن يكون مقدم سروجهم مثل مقدم سروجنا، ثم تكون عليه الرمانة.

ويمنعون عن لبس الرداء والعمائم التي يلبسها علماء الدين؛ لأن فيه شرفاً، وكذلك يمنعون أن يكون شراك نعالهم كشراك نعالنا، وكذلك يمنعون أن تكون خفافهم كخفافنا، ونعالهم كنعالنا، وينبغي أن يؤخذوا حتى يأخذ كل واحد منهم مثل الخيط بعقد ليكون ذلك علامة فلا نعظمهم، وينبغي أن يكون ذلك الخيط غليظاً، ولا يكون رقيقاً؛ بحيث لا يقع عليه البصر؛ إلا أن يبالغ في النظر، وينبغي أن لا يكون من الإبريسم؛ لأن ذلك من باب التزين والتجمل.

ثم اختلف المشايخ أن المخالفة بينهم وبيننا شرط بعلامة واحدة، أو بعلامتين، أو بثلاث علامات، قال بعضهم: العلامة الواحدة تكفي إما على الرأس كالقلانس الطحال المصرية، أو على الوسط كالنسيج، أو على الرجل كالنعل والمكعب على خلاف نعالنا ومكاعبنا، وبعضهم قالوا: لابد من العلامات الثلاث، وبعضهم قالوا في النصراني: يكتفى بعلامة واحدة، وفي اليهودي: يشترط علامتان، وفي المجوسي: يشترط ثلاث علامات، وذكر شيخ الإسلام أنه يشترط الثلاث في حق كل شخص، وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي يقول: إن كان صالحهم الإمام وأعطاهم الذمة لعلامة واحدة، فلا يزاد على ذلك، فأما إذا فتح بلدة عنوة وقهراً كان للإمام أن يلزمهم العلامات الثلاث، وكذلك في الهيئات من حيث المركب والملبوس وغير ذلك مما ذكرنا من الجواب فيما إذا فتح بلدة عنوة، فأما إذا فتحت صالحاً، وأعطاهم الصلح على بعض ما ذكرنا لا يزاد على ما وقع عليه الصلح وهو الصحيح.

ولا ينبغي أن يتركوا أن يحدثوا بيعة وكنيسة في مصر من أمصار المسلمين؛ لأن في إحداث البيع والكنائس إعلان دين الكفر، وقد منعوا من إعلان دينهم، فإنا إنما أعطيناهم الذمة بشرط أن لا يعلنوا ما في دينهم. فإن أرادوا أن يحدثوا ذلك في القرى؛ روى الحسن عن أبي حنيفة: أنهم يمنعون عنه، وفي ظاهر الرواية: لا يمنعون عنه، فإن أحدثوا بيعة في قرية من القرى، ثم بنى فيها أبنية كثيرة فمصرها الإمام، فالإمام ينقض ذلك، وكذلك لو أحدثوا كنيسة بقرب مصر، وبني هناك أبنية حتى اتصل ذلك الموضع بالمصر، وصار كمحلة من محال المصر، فإن الإمام ينقض ذلك كله، ويضمن لهم قيمة ذلك ليشتروا موضعاً ويبنوا فيه مثلها، أو يعوض لهم مكاناً آخر فارغاً حتى يبنوا فيها مثلها، هذا جواب ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في هاتين الصورتين: أن الإمام لا ينقض ذلك.

وجه رواية الحسن قوله عليه السلام: «لا خصاء ولا كنيسة في الإسلام»[1] وأراد الإحداث، فإن القديمة يجوز تركها في القرى، فالنبي عليه السلام نهى عن إحداث

---

(١) أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ١٤٨٦، والزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٥٣، والبخاري في التاريخ الكبير ٥/ ٢٦٩.

الكنيسة، ولم يفصل بين القرى والأمصار، ولأن في إحداث الكنيسة إعلان دينهم، وهم كما منعوا عن إعلان دينهم في المصر منعوا عنه في القرى؛ ألا ترى أنهم يمنعون عن إظهار بيع الخمور والخنازير، وعقود الربا في القرى كما يمنعون عنها في الأمصار.

وجه ظاهر الرواية: أن إحداث الكنيسة والبيعة تصرف مباح بنفسه؛ لأنه بناء وعمارة بمكان، وإنه مباح في الإسلام، ألا ترى أنه لو وجد مثل ذلك من المسلم كان مباحاً، وإنما الحرمة بقصدهم أن هذا البناء للبيعة والكنيسة [١٩٤أ/ ٢]

فكان هذا الفعل مباحاً لعينه حراماً لغيره، وهو قصد الفاعل، فلو كان مباحاً من كل وجه تركوا في الأمصار والقرى كبناء الدار، ولو كان حراماً لعينه كبيع الخمر والخنزير لمنعوا عنه في المواضع كلها، فإذا كان مباحاً لعينه حراماً لغيره منعوا عنها في المصر اعتباراً لجانب الحرمة، ولم يمنعوا عنها في القرى اعتباراً لجانب الإباحة، وكان العمل على هذا الوجه أولى من العمل على العكس؛ لأن للمصر حرمة زائدة ليست للقرى، فإنها إقامة الجمع والأعياد وجلوس المفتي والقضاء بخلاف بيع الخمر؛ لأنه حرام لعينه؛ ألا ترى أنه لو وجد من المسلم كان حراماً ومعصية، وهم منعوا عن إظهار المعاصي في دار الإسلام؛ المصر والقرى في ذلك على السواء ولا كذلك بناء البيعة والكنيسة على ما ذكرنا.

فأما الكنائس القديمة والبيع القديمة في الأمصار والقرى ذكر في عامة الكتب أنها تترك على حالها ولا تنقض، وفي كتاب العشر والخراج من «الأصل»: يشير إلى أنها تهدم، وهو قول الحسن، والصحيح ما ذكر في عامة الروايات، وهذه الروايات فيما إذا ظهر الإمام عليهم عنوة وقهراً، فأما إذا وقع الصلح بينهم وبين الإمام فالكنائس والبيع تترك على حالها، ولا يتعرض لها باتفاق الروايات.

ثم إذا كانت الكنائس قديمة وقد ظهر الإمام عليهم عنوة، حتى لم يكن للإمام نقضها على ظاهر الرواية، انهدمت كنيسة منها كان لهم بناؤها؛ لأن هذا ليس بإحداث؛ بل إعادة للأول، فكأنه غير الأول، فلا يمنعوا عنه إلا إذا أرادوا أن يبنوا أوسع من الأول، فحينئذٍ يمنعون عن الزيادة في حق الزيادة إحداث.

ولا ينبغي أن يتركوا حتى يشتري أحد منهم، داراً أو منزلاً في مصر من أمصار المسلمين، ولا ينبغي أن يتركوا بأن يسكنوا في مصر من أمصار المسلمين؛ هكذا ذكر في كتاب العشر والخراج من «الأصل»، فعلى رواية كتاب العشر والخراج: لم نمكنهم من المقام في أمصار المسلمين، وفي عامة الكتب نمكنهم من المقام في أمصار المسلمين إلا أن يكون المصر من أمصار العرب نحو أرض الحجاز وما أشبهه، فحينئذٍ لا يمكنون من المقام فيها؛ قال عليه السلام: «لا يجتمع في جزيرة العرب دينان»[1] والصحيح ما ذكر

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٠٨/٩، والزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٥٤، وعبد الرزاق في المصنف ١٩٣٥٩، والمتقي الهندي في كنز العمال ٣٥١٤٨، ٣٨٢٥٢.

في عامة الكتب، فقد صح أن عمر رضي الله عنه فتح بيت المقدس صلحاً، وترك أهل الذمة فيها، وخالد بن الوليد رضي الله عنه فتح بلدة . . .(١) وترك أهل الذمة فيها، وفتح عبيدة بن الجراح وشرحبيل ابن حسنة ويزيد بن أبي سفيان أرض الشام عنوة وقهراً، وتركوا أهل الذمة فيها، وأبو موسى الأشعري وعثمان بن العاص، وعتبة بن عمرو فتحوا نهاوند وتركوا أهل الذمة، فهؤلاء الصحابة رضي الله عنهم جوزوا ترك أهل الذمة في أمصار المسلمين من بلاد العجم، فيصير فعلهم حجة لما ذكرنا في عامة الكتب.

إذا قال لذمي: أطال الله تعالى بقاءك، إن كان نيته أن الله تعالى يطيل بقاءه ليسلم أو يؤدي الجزية عن ذل وصغار فلا بأس به، وإن لم ينوِ شيئاً يكره، وفي «فتاوى أهل سمرقند» وفي هذا الموضع أيضاً: مسلم دعاه نصراني إلى دار ضيفاً حل له أن يذهب؛ لأن فيه ضرب من البر، وقد ندبنا إلى بر من لم يقاتلنا في الدين؛ قال الله تعالى: ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ﴾ [الممتحنة: ٨]. وفي أضحية «النوازل»: المجوسي أو النصراني إذا دعا رجلاً إلى طعامه يكره الإجابة، فإن قال اشتريت اللحم من السوق؛ لأن المجوسي يبيح المنخنقة والموقوذة، والنصراني لا ذبيحة له، وإنما يأكل ذبيحة المسلم، أو . . .(١)، وإن كان الداعي يهودياً فلا بأس به؛ لأنه لا يأكل إلا من ذبيحة اليهودي، أو من ذبيحة المسلم، وما ذكر في حق النصراني يخالف رواية محمد على ما تقدم ذكرها.

وفي «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة رضي الله عنه: ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني؛ لأن العيادة من باب البر والصلة، ولا بأس بالبر في حقهم، وقد صح أن رسول الله عليه السلام عاد يهودياً في جواره قد مرض.

الفصل السابع عشر
في الهدايا والضيافات

هدايا القضاة وتأتي في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب، وأما هدية المستقرض المقرض، فإن كانت مشروطة في الاستقراض فهي حرام، ولا ينبغي للمقرض أن يقبل، وإذا لم تكن مشروطة في العقد، ولم يعلم أنه أهدى إليه لأجل الدين، أو لا لأجل الدين؛ ذكر شيخ الإسلام لا بأس بقبولها، والتورع عنه أولى، وهكذا حكي عن بعض مشايخنا.

بعد هذا قالوا: إذا كانت المهاداة تجري بينهما قبل القرض بسبب القرابة أو الصداقة أو كان المستقرض معروفاً بالجود والسخاء، فهذا قائم مقام العلم أنه أهداه لا لأجل الدين، فلا يتورع عنه، وإن لم يكن شيئاً من ذلك، والحالة حالة الإشكال، فيتورع

(١) بياض بالأصل.

عنه حتى ينص أنه أهدى لا لأجل الدين، ومحمد رحمه الله لم يرَ به بأساً بلا تفصيل.

جئنا إلى فصل الدعوة، قال محمد رحمه الله: ولا بأس بأن يجيب دعوة رجل له عليه دين، قال شيخ الإسلام: هذا هو جواب الحكم، فأما الأفضل أن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين، أو أشكل عليه الحال؛ قال شمس الأئمة الحلواني: حالة الإشكال؛ إنما يتورع إذا كان يدعوه قبل الإقراض في كل عشرين يوماً بعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أيام، أو زاد في . . .[1] أما إذا كان يدعوه بعد الإقراض في كل عشرين كما كان يدعوه قبل الإقراض، ولا يزيد في. . . فلا يتورع إلا إذا نص أنه أضاف لأجل الدين، فإن كان لا يدعوه قبل الإقراض أصلاً، وجعل يدعوه بعد الإقراض يتورع إلا إذا نص أنه أضافه لا لأجل الدين، وههنا زيادة تفريع سيأتي في كتاب أدب القاضي إن شاء الله تعالى.

وأما هدايا الأمراء في زماننا؛ حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل أنه سئل عن هدايا الأمراء في زماننا قال: ترد على إبانها والشيخ الإمام الزاهد أبو بكر محمد ابن حامد سئل عن هذا، فقال: يوضع في بيت المال، وهكذا ذكر محمد في «السير الكبير» فذكر ذلك الشيخ الإمام الجليل محمد بن الفضل، فقال: كنت أعلم أن المذهب هذا؛ إلا أني لم أجب به مخافة أن يوضع في بيت المال، ثم الأمراء يصرفونها إلى شهواتهم ولهوهم، فقد علمنا أنهم إنما يمسكون [٩٤ب/ ٢] بيت المال لشهواتهم؛ لا لجماعة المسلمين، وعن عمر رضي الله عنه أنه كان يمنع عماله عن قبول الهدايا، وإذا قبلوها ردوهاعلى أصحابها إن قدروا عليهم، وإن لم يقدروا عليهم وضعوها في بيت المال.

واختلفت الصحابة ومن بعدهم في جواز قبول الهدية من أمراء الجور، فكان ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم يقبلان هدية المختار، وعن إبراهيم النخعي: أنه كان يجوز ذلك، وأبو ذر وأبو الدرداء كانا لا يجوزان ذلك، وعن علي رضي الله عنه: أن السلطان يصيب من الحلال والحرام، فإذا أعطاك شيئاً فخذه، فإن ما يعطيك حلال لك، وحاصل المذهب فيه أنه إن كان أكثر ماله من الرشوة والحرام لم يحل قبول الجائزة منه ما لم يعلم أن ذلك له من وجه حلال، وإن كان صاحب تجارة وزرع وأكثر ماله من ذلك، فلا بأس بقبول الجائزة ما لم يعلم أن ذلك له من وجه حرام، وفي قبول رسول الله عليه السلام الهدية من بعض المشركين دليل على ما قلنا.

وفي «عيون المسائل»: رجل أهدى إلى إنسان أو أضافه إن كان غالب ماله من حرام لا ينبغي أن يقبل ويأكل من طعامه ما لم يخبر أن ذلك المال حلال استقرضه أو ورثه، وإن كان غالب ماله من حلال فلا بأس بأن يقبل ما لم يتبين له أن ذلك من الحرام؛ وهذا لأن أموال الناس لا تخلو عن قليل حرام وتخلو عن كثيره، فيعتبر الغالب ويبنى الحكم عليه.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: رجل دخل على السلطان فقدم إليه بشيء مأكول، فإن اشتراه بالثمن أو لم يشتر، ولكن هذا الرجل لا يعلم أنه مغصوب بعينه حل له أكله؛ أما إذا اشتراه بالثمن فلأن العقد يقع على مثل الثمن المشار إليه؛ لا على عين المشار إليه، فلا يتمكن الخبث في المشترى هكذا ذكر، وههنا كلمات تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى في مسائل الغصب، وأما إذا لم يشترِ، ولكن لا يعلم الداخل أنه مغصوب بعينه، فلأن الأشياء على أصل الإباحة ما لم يعلم دليل الحرمة، فلا يحرم لو علم دليل الحرمة بأن علم بأن هذا الشيء مغصوب بعينه لا يحل له الأكل هكذا ذكر، والصحيح أنه ينظر إلى غالب مال السلطان، ويبنى الحكم عليه على ما ذكرنا قبل هذا.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: لا يباح اتخاذ الضيافة في المصيبة بعد ثلاثة أيام، ويقال فيما بين الناس «سه ديكر»، وفي «النوازل»: الضيف إذا أعطى اللقمة بعضهم لبعض يعتبر في ذلك تعامل الناس، ويترك القياس بالاستحسان، ولا يجوز أن يعطي سائلاً؛ لأنه لا تعامل فيه. وفي «**العيون**»: إذا كان الرجل ضيفاً عند إنسان فناول لقمة من طعامه إلى من كان ضيفاً أيضاً؛ قال بعض مشايخنا: لا يحل للمناول أن يفعل ذلك، ولا يحل له الأكل على فوره؛ بل يضعها على المائدة ويأكل من المائدة، وهكذا روي عن محمد، وكثير من المشايخ جوزوا ذلك استحساناً لوجود الإذن عادة، ولا يجوز للضيف أن يعطي من ذلك إنساناً دخل عليهم لطلب إنسان أو حاجة أخرى؛ لأنه لا تعامل فيه، وكذا لا ينبغي له أن يعطي سائلاً؛ لأنه لا تعامل فيه، ولو ناول من المائدة هرة صاحب الدار، أو هرة غير صاحب الدار شيئاً من الخبز، أو قليلاً من اللحم فلا بأس به؛ لأن فيه تعامل، فكان الإذن به ثابتاً عادة، وإن كان شيئاً من الخبز المحرق أما لشبهة، فهو في سعة منه؛ لأن فيه تعامل، وأما رفع الزلة فهو حرام بكل حال إلا أن يأذن صاحب الضيافة بها نصاً.

وفي هبة «العيون»: لو دعا رجل قوماً إلى منزله لضيافة، وفرقهم على الأخونة فليس لأهل إحدى الخوانين أن يتناول من طعام الخوان الآخر؛ لأنه إنما أباح طعام كل خوان لجماعة معينين، فلا تثبت الإباحة في حق غيرهم.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: رجل يأكل خبزاً مع أهله، فاجتمع كسرات الخبز، ولا يشتهيها أهله فله أن يطعم الدجاجة أو البقرة أو الشاة؛ ذكر الشاة والبقر والدجاجة ولم يذكر الكلب والهرة قال: لا ينبغي أن يلقيها في الطريق، أو في النهر إلا إذا وضع لأجل النمل ليأكل، فحينئذٍ يجوزه، هكذا نقل عن السلف.

أب الصبي إذا أهدى إلى معلم الصبي أو إلى مؤدبه في العيد إن لم يسأل ولم يلح عليه لا بأس به؛ لأنه بر وبر المعلم مستحب، وأما أجرة المعلم فنقول: لا بأس بها في زماننا، وسيأتي ذلك في كتاب الإجارات مع ما يجانسها.

وحكي عن الإمام أبي الليث الحافظ أنه كان يقول: كنت أفتي بثلاثة أشياء، ورجعت عنها؛ كنت أفتي أنه لا يحل للمعلم أخذ الأجر على تعليم القرآن، وكنت أفتي أنه لا ينبغي للعالم أن يدخل على السلطان، وكنت أفتي أن لا ينبغي لصاحب العلم أن

يخرج إلى القرى فيذكرهم بشيء ليجمعوا له شيئاً، فرجعت عن ذلك كله، وإنما رجع تحرزاً عن ضياع القرآن والحقوق والعلم.

الفصل الثامن عشر
في الغناء، واللهو، وسائر المعاصي، والأمر بالمعروف

ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير» عن أنس بن مالك رضي الله عنه: أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو كان يتغنى، قوله: وهو يتغنى بظاهره حجة لمن قال: لا بأس للإنسان أن يتغنى إذا كان يسمع ويؤنِّس نفسه، وإنما يكره إذا كان يسمع ويؤنس غيره، ومن الناس من يقول: لا بأس به في الأعراس والوليمة، ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدفوف في الأعراس والوليمة، وإن كان ذلك نوع لهوٍ وإنما لم يكن به بأس؛ لأن فيه إظهار النكاح وإعلانه، وبه أمر صاحب الشرع حيث قال: «أعلنوا النكاح، ولو بالدف»[1] فكذلك التغني، ومنهم من قال: إن كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي، ويصير فصيح اللسان لا بأس به، ومنهم من قال: إذا كان وحده فغنى لدفع الوحشة عن نفسه فلا بأس به، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي، وإنما المكروه على قول هذا القائل ما يكون على سبيل اللهو، وذكر شيخ الإسلام أن جميع ذلك مكروه عند علمائنا، ويحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ ٱلْحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦] جاء في التفسير أن المراد منه الغناء، وحديث البراء بن مالك محمول على أنه كان ينشد الشعر المباح، يعني الشعر الذي فيه الوعظ والحكمة؛ وهذا لأن الغناء كما ينطلق على الغناء المعروف ينطلق على غيره، قال عليه السلام: «من لم يتغن بالقرآن [١٩٥أ/ ٢] فليس منا»[2].

قلنا: وإنشاد ما هو مباح من الأشعار لا بأس به، وإذا كان في الشعر صفة المرأة إن كانت امرأة بعينها، وهي حية يكره، وإن كانت ميتة لا يكره، وإن كانت امرأة وسيمة لا يكره؛ هذه الجملة من شرح «السير الكبير».

وفي «فتاوى أهل سمرقند» استماع صوت الملاهي كالضرب بالقصب، وغير ذلك من الملاهي حرام، وقد قال عليه السلام: «استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر»[3] وهكذا خرج على وجه التشديد بعظم الذنب؛ قالوا: إلا أن يسمع نفسه فيكون معذوراً، والواجب على كل أحد أن يجتهد حتى لا يسمع.

روى محمد بن الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه: في الرجل يدعى إلى وليمة أو

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٤/ ٥، والبيهقي في السنن الكبرى ٧/ ٢٨٨، من دون لفظ: «ولو بالدف».

(٢) أخرجه البخاري في التوحيد حديث ٧٥٢٧، وأبو داود في الصلاة حديث ١٤٦٩، والدارمي في الصلاة حديث ١٤٩٠.

(٣) أخرجه الشوكاني في نيل الأوطار ١٤٩٠، وأخرجه الزبيدي في إتحاف السادة المتقين ٨/ ٥٤٤، بلفظ: «سماع الأوتار والملاهي من الكبائر».

طعام، فوجد ثمة لعباً أو غناء، فلا بأس بأن يقعد ويأكل؛ قال أبو حنيفة رضي الله عنه: ابتليت بذلك مرة. واعلم بأن هذه المسألة على وجهين:

الأول: أن يكون اللعب والغناء على المائدة، وفي هذا الوجه لا ينبغي له أن يقعد لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨]، وكذلك إذا كان على المائدة قوم يشربون الخمر، فلا ينبغي له أن يقعد، فقد صح أن رسول الله عليه السلام نهى أن يتناول الطعام في مجلس يشرب فيه الشراب[١]، وكذلك إذا كان على المائدة قوم يغتابون لا يقعد، والغيبة أشد من اللهو واللعب؛ لأنها أشد من الزنا؛ قال عليه السلام: «الغيبة شر من الزنا»[٢].

والوجه الثاني: أن يكون اللعب والغناء في المنزل، وفي هذا الوجه لا بأس بأن يقعد على المائدة ويأكل، وهو المراد من المذكور في «الكتاب»، قيل: هذا إذا كان الرجل ذا حشمة يتركون ما هم عليه بحشمته، فأما إذا لم يكن بهذه الصفة لا ينبغي أن يقعد ويأكل بل يعرض عنهم، وقول أبي حنيفة رضي الله عنه: ابتليت بهذا مرة يحمل أنه كان بعدما صار ذا حشمة، وعلى قياس هذا القول ينبغي أن يقال في الوجه الأول: إذا كان الرجل ذا حشمة يتركون ما هم عليه لحشمته لا بأس بأن يقعد ويأكل؛ بل القعود أولى ليصير ذلك سبباً لامتناعهم عن المعصية، وقيل أيضاً: ما ذكر في الوجه الثاني أن يقعد محمول على ما إذا كان الرجل خامل الذكر، ولا يقتدى به؛ أما إذا كان عالماً ويقتدى به لا يقعد ولا يأكل حتى لا يصير قدوة للشر، وقول أبي حنيفة رضي الله عنه ابتليت بهذا مرة؛ محمول على أنه كان قبل أن يصير معتداً، وقيل: يقعد في الوجه الثاني على كل حال، وإطلاق محمد رحمه الله في «الكتاب» يدل عليه، وجه ذلك أن التناول من الوليمة والضيافة سنة، واللعب والغناء حرام، يباشره غيره، ولا يجوز ترك سنة لحرام يباشره غيره، إلا إذا كان في المجلس كما في الوجه الأول، ولم يوجد ذلك ههنا، وهذا كله إذا علم بعد الحضور، فإذا علم قبل الحضور لا يحضر أصلاً، وقد قيل: لو كان هذا الرجل بحال يمتنعون عن الفسق لو امتنع هو عن الإجابة يفترض عليه الامتناع عن الإجابة، وإن كان بحال لا يمتنعون عن الفسق لو امتنع عن الإجابة لا بأس بأن يجيب ويطعم منكراً للهو غير مصغ إليه.

وفي «النوازل»: قراءة شعر الأدب إذا كان فيه ذكر الخمر والفسق والغلام يكره، وقد ذكرنا شيئاً من ذلك في أول هذا الفصل، والاعتماد في الغلام على ما ذكرنا في المرأة ثمة.

---

(١) أخرجه الترمذي في الأدب حديث ٢٨٠١، بلفظ: «... ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجلس على مائدة يدار عليها الخمر».

(٢) روي الحديث بلفظ: «الغيبة أشد من الزنا»، أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ٨/ ٩١، والزبيدي في إتحاف السادة المتقين ٧/ ٥٣٣، والتبريزي في مشكاة المصابيح ٤٨٧٤، ٤٨٧٥، والمنذري في الترغيب والترهيب ٣/ ٥١١، والسيوطي في الدر المنثور ٦/ ٩٧.

رجل أظهر الفسق في داره، فقدم إليه الإمام، فإن كف عنه لم يتعرض له، وإن لم يكف عنه فالإمام بالخيار؛ إن شاء حبسه، وإن شاء أدبه بضرب سياط، وإن شاء أزعجه عن داره؛ لأن الكل يصلح للتعزير؛ ذكر في «فتاوى النسفي»: أنه يكسر دنان الخمر، وإن كان قد ألقى فيها الملح، وذكر أن الكاسر لا يضمن الدنان، وستأتي هذه المسألة مع أجناسها في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى.

في «النوازل»: رجل رأى منكراً وهذا الرائي يرتكب مثل هذا المنكر يلزم الرائي أن ينهى عنه؛ لأن الواجب عليه ترك المنكر والنهي عنه، فإن ترك أحدهما لا يوجب ذلك ترك الآخر.

رجل يعلم أن فلاناً يتعاطى من المناكير، فأراد أن يكتب إلى أبيه بذلك؛ قال: إن وقع في قلبه أنه يمكن للأب أن يغير على ابنه فليكتب؛ لأن الكتابة تفيد، فإن وقع في قلبه أنه لا يمكنه ذلك لا يكتب؛ لأن الكتابة لا تفيد في هذه الصورة سوى وقوع العداوة بين الوالد والولد، وكذلك هذا الحكم بين الزوجين، وبين السلطان والرعية.

قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: لا بأس بأن يحمل الرجل وحده على المشركين، وإن كان غالب رأيه أنه يقتل إذا كان في غالب رأيه أنه ينكي فيه نكاية بقتل أو جرح أو هزيمة، وإن كان غالب رأيه أنه لا ينكي فيهم أصلاً، لا بقتل ولا جرح ولا هزيمة ويقتل هو، فإنه لا يباح أن يحمل وحده، والقياس أن يباح له في الأحوال كلها، وإن علم أنه يقتل؛ لأنه يبتغي بما قصد الحياة الدائمة؛ يعني فإن الشهداء أحياء قال الله تعالى: ﴿بَلْ أَحْيَآءٌ عِندَ رَبِّهِمْ﴾ [آل عمران: ١٦٩] إن كان مهلكاً نفسه صورة، والعبرة للمعنى؛ لكن ترك القياس فيما إذا كان يعلم أنه يقتل، ولا ينكي فيهم نكاية بالإجماع، ولا إجماع فيما إذا كان يعلم أن بخروجه لا ينكي فيهم نكاية، فيعمل فيه بقضية القياس.

وأما قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] فلأهل التفسير في تأويل الآية ومعناها كلام، فالمحققون فيهم قالوا: معنى الآية أنفقوا أرواحكم في الجهاد، ولا تلقوا بأيديكم إلى الموت المعتاد فراراً عن القتل بالجهاد، وأحسنوا تسليم أنفسكم وأموالكم التي اشتراها الله تعالى منكم بالجنة والنعيم، وبعضهم قالوا: معنى الآية: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ بترك الجهاد، ولها وجوه وعرف ذلك في كتب التفسير.

ثم فرقوا بين الحملة على المشركين، وبين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيما بين المسلمين، فقالوا: من أراد أن ينهى قوماً من فساق المسلمين عن منكر، وكان من غالب رأيه أنه يقتل لأجل ذلك، ولا ينكي فيه نكاية بضرب أو ما أشبهه، فإنه لا بأس بالإقدام عليه، وهو العزيمة، وإن كان يجوز له أن يترخص بالسكوت، وقالوا في الحملة على المشركين: إذا كان غالب رأيه أنه متى حمل عليهم يقتل من غير أن ينكي فيهم نكاية لا يحل له ذلك، ولا فرق بينهما من حيث المعنى؛ لأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ينكي فيهم لا محالة. [٩٥ب/٢]

وبيان ذلك من وجهين: **أحدهما**: أن المسلمين يتركون الفساد حال ما يشتغلون

بقتاله والمجادلة معه، فيقل الفساد، فيحصل نوع نكاية بالأمر بالمعروف بتقليل الفساد؛ أما الكفار لا يتركون الكفر والحراب حال ما يشغتلون بقتاله؛ بل يحققون ذلك . . .[١] لا يؤثر في تقليل الفساد، فتعتبر النكاية من حيث الجرح والضرب فلا يباح.

الثاني: أن القوم هناك يعتقدون ما نأمرهم به، فلا بد وأن يكون فعله مؤثراً في باطنهم، وههنا القوم لا يعتقدون ما يدعوهم، فلا يؤثر فعله في باطنهم، فتعتبر الآية حسب الظاهر، فإذاً لا فرق بينهما صورة، إنما الفرق من حيث المعنى؛ هذه الجملة من شرح شيخ الإسلام.

وذكر الفقيه أبو الليث في كتاب «البستان»: أن الأمر بالمعروف على وجوه؛ إن كان يعلم بأكثر رأيه أنه لو أمر بالمعروف يعقلون ذلك منهم؛ ويمتنعون عن المنكر، فالأمر واجب عليه، ولا يسعه تركه، ولو علم بأكثر رأيه أنه لو أمرهم بذلك قذفوه وشتموه فتركه أفضل، وكذلك لو علم أنهم يضربونه، ولا يصبر على ذلك، ويقع بينهم العداوة، وينتج منه القتال فتركه أفضل، ولو علم أنهم لو ضربوه وصبر على ذلك، ولم يشكو إلى أحد فلا بأس به وهو مجاهد، ولو علم أنهم لا يقبلون منه، ولا يخاف منهم ضرباً ولا شتماً فهو بالخيار، والأفضل أن يأمر.

الفصل التاسع عشر
في التداوي والمعالجات، وفيه العزل، وإسقاط الولد

ذكر محمد رحمه الله في «السير» في باب دواء الجراحة عن أبي أمامة: أن رسول الله ﷺ داوى وجهه بعظم بال[٢] في الحديث دليل على أنه لا بأس بالتداوي، وبه نقول ومن الناس من كره ذلك، ويروي آثاراً تدل على كراهيته، ونحن نستدل بما روينا، وبقوله عليه السلام: «تداووا عباد الله، فإن الله تعالى لم يخلق داءً إلا وقد خلق له دواءً إلا السام والهرم»[٣]، ولكن ينبغي لمن يشتغل بالتداوي أن يرى الشفاء من الله لا من الدواء، ويعتقد أن الشافي هو ا لله دون الدواء.

وتأويل ما رووا من الأخبار إذا كان الشفاء من الدواء ويعتقد أنه لو لم يعالج لا يسلم، ونحن نقول: إنه لا يجوز التداوي لمثل هذا؛ قال محمد رحمه الله: ولا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة أو بقرة أو بعير أو فرس أو غيره من الدواب؛ إلا عظم الخنزير والآدمي، فإنه يكره التداوي بهما، فقد جوز التداوي بعضم ما سوى الآدمي والخنزير من الحيوانات مطلقاً من غير فصل بينهما إذا كان الحيوان ذكياً أو ميتاً، وبينما

---

(١) بياض بالأصل.
(٢) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.
(٣) تقدم الحديث مع تخريجه.

إذا كان العظم رطباً أو يابساً، وما ذكر من الجواب يجري على إطلاقه فيه إذا كان الحيوان ذكياً؛ لأن عظمه طاهر، رطباً كان أو يابساً يجوز الانتفاع به جميع أنواع الانتفاعات رطباً كان أو يابساً، فيجوز التداوي به على كل حال؛ أما إذا كان الحيوان ميتاً، فإنما يجوز الانتفاع بعظمه إذا كان يابساً، ولا يجوز الانتفاع به إذا كان رطباً؛ وهذا لأن اليبس في العظم بمنزلة الدباغ في الجلد من حيث إنه يقع الأمن عن فساد العظم باليبس، كما يقع الأمن عن فساد الجلد بالدباغ، ثم جلد الميتة يطهر بالدباغ، فكذا عظمه يطهر باليبس، فيجوز الانتفاع به، فيجوز التداوي به.

وإنما لم يجز الانتفاع بعظم الخنزير والآدمي؛ أما الخنزير فلأنه نجس العين بجميع أجزائه، والانتفاع بالنجس حرام، وأما الآدمي فقد قال بعض مشايخنا: إنه لم يجز الانتفاع بأجزائه لنجاسته، وقال بعضهم: لم يجز الانتفاع به لكرامته وهو الصحيح، فإن الله تعالى كرم بني آدم وفضلهم على سائر الأشياء، وفي الانتفاع بأجزائه نوع إهانة به.

امرأة تأكل. . .[1] تلتمس السِّمَن لا بأس به إذا لم تأكل فوق الشبع، وإن أكلت فوق الشبع فهو حرام؛ لأن الأكل فوق الشبع حرام، وليس هذا الحكم يختص بهذا الموضع بل هو الحكم في جميع المباحات، فأكل جميع المباحات حرام فوق الشبع، وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إن كانت تسمن نفسها لزوجها لا بأس به؛ لأن هذا فعل مباح لقصد المباح.

وفي «النوازل»: الرجل إذا ظهر به داء، فقال له الطبيب: قد غلبك الدم فأخرجه، فلم يخرجه حتى مات لا يكون مأخوذاً؛ لأنه لا يعلم يقيناً أن الشفاء فيه، وفيه أيضاً: استطلق بطنه، أو رمدت عينه، فلم يعالج حتى أضعفه ومات بسببه لا إثم عليه؛ فرق بين هذا وبينما إذا جاع ولم يأكل مع القدرة على الأكل حتى مات فإنه يأثم، والفرق: أن الأكل قدر قوته فيه شفاء يتعين، فإذا تركه صار مهلكاً نفسه، ولا كذلك المعالجة.

التداوي بلبن الأتان إذا أشاروا إليه لا بأس به؛ هكذا ذكر هنا.

قال الصدر الشهيد رحمه الله: وفيه نظر؛ لأن لبن الأتان حرام، والاستشفاء بالحرام حرام، وما قاله الصدر الشهيد فهو غير مجرىً على إطلاقه، فإن الاستشفاء بالمحرم إنما لا يجوز إذا لم يعلم أن فيه شفاءً؛ أما إذا علم أن فيه شفاء، وليس له دواء آخر غيره فيجوز الاستشفاء به؛ ألا ترى إلى ما ذكر محمد رحمه الله في كتاب الأشربة إذا خاف الرجل على نفسه العطش، ووجد الخمر شربها إن كان يدفع عطشه؛ لكن يشرب بقدر ما يرويه ويدفع عطشه، ولا يشرب للزيادة على الكفاية.

وقد حكي عن بعض مشايخ بلخ: أنه سئل عن معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه: إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم؛ يجوز أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم؛ لأنه حينئذٍ يستغني بالحلال عن الحرام، ويجوز أن يقال: تكشف الحرمة عند الحاجة، فلا يكون الشفاء في الحرام، وإنما يكون في الحلال.

---

(١) بياض بالأصل.

ولو أن مريضاً أشار إليه الطبيب بشرب الخمر؛ روي عن جماعة من أئمة بلخ: أنه ينظر إن كان يعلم يقيناً أنه يصح حل له التناول، وقال الفقيه عبد الملك حاكياً عن أستاذه: أنه لا يحل له التناول.

وفي «النوازل»: رجل أدخل مرارة في إصبعه للتداوي قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يكره، وقال أبو يوسف: لا يكره، والفقيه أبو الليث أخذ بقول أبي يوسف لمكان الحاجة، وفيه أيضاً: العجين إذا وضع على الجرح إن عرف به الشفاء فلا بأس به، لأنه يكون دواء حينئذٍ. وإذا سال الدم من أنف إنسان، فكتب فاتحة الكتاب على جبهته بالدم وكتب بالبول، فقد ذكرنا قبل هذا في فصل القرآن.

جئنا إلى مسائل العزل، وتفسيره: أن يطأ الرجل امرأته أو أمته [١٩٦أ/ ٢] فيعزل عنها قبل أن يقع الماء في الرحم مخافة الحبل، فنقول: اختلف أصحاب رسول الله عليه السلام في العزل، فعلي رضي الله عنه يكره ذلك، وابن عباس وابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم كانوا لا يكرهون ذلك، إلا أن علماءنا رحمهم الله قالوا في المرأة المنكوحة: يشترط رضا المولى عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما يشترط رضا الأمة، وفي الأمة المملوكة لا يشترط رضاها بلا خلاف، والمسألة على هذا الوجه مذكورة في «الجامع الصغير»، وفي «فتاوى أهل سمرقند:» أنه إذا عزل خوفاً من الولد السوء لفساد هذا الزمان فهو جائز من غير رضا المرأة.

وبعدما وصل الماء إلى رحمها إذا أرادت الإلقاء هل يباح لها ذلك: إن أرادت ذلك بعد مضي مدة ينفخ فيه الروح، فليس لها ذلك؛ لأنها تصير قاتلة؛ فإنه اعتبر هنا على غلبة الظاهر، فلا يحل لها كما بعد الانفصال، وإن أرادت الإلقاء قبل مضي مدة ينفخ فيه الروح؛ اختلف المشايخ فيه؛ قال بعضهم: يحل لها ذلك؛ لأن قبل مضي المدة التي ينفخ فيه الروح لا حكم لها، فهذا والعزل سواء.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا أرادت إسقاط الولد فلها ذلك إذا لم يستبن شيء من خلقه؛ لأن ما لا يستبين شيء من خلقه لا يكون ولداً، وكان الفقيه علي بن موسى القمي يقول: يكره لها ذلك، وكان يقول: مآل الماء بعدما وصل إلى الرحم الحياة، فإنه لا يحتاج إلى صنع أحد بعد ذلك، لينفخ فيه الروح، و إذا كان مآل الحياة للحال كما في بيضة الحرم لما كان مآلها أن تصير صيداً يعطى لها حكم الصيد حتى إن من أتلف بيضة صيد الحرم ضمن بخلاف العزل؛ لأن الماء قبل أن يصل إلى الرحم ليس مآله الحياة، فإنه يحتاج إلى صنع بعد ذلك لينفخ فيه الروح، وهو الإلقاء في الرحم، أما هنا بخلافه.

وفي نكاح «فتاوى أهل سمرقند»: امرأة مرضعة ظهر بها حبل وانقطع لبنها، وتخاف على ولدها الهلاك، وليس لأب هذا الولد سعة حتى يستأجر الظئر، هل يباح لها أن تعالج في إسقاط الولد؟ قالوا: يباح ما دام نطفة، أو علقة، أو مضغة لم يخلق له عضو؛ لأنه ليس بآدمي . . . .[1] بالأم؛ ذكرت في «الواقعات» المرتبة في الباب الثالث من

---

(١) بياض بالأصل.

النكاح في تعليل المسألة أن خلقه لا يستبين إلا في مائة وعشرين يوماً.

الحجامة والفصد وإلقاء العلق على الظهر بعد تحرك الولد لا بأس به، وقبل تحرك الولد، وحال قرب الولادة لا ينبغي أن يفعل ذلك.

الفصل العشرون
في الختان والخصاء وقلم الأظافير، وقص الشوارب، وحلق المرأة شعرها، ووصلها شعر غيرها بشعرها

أقصى وقت للختان اثنا عشر سنة، وأما أول وقته قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا علم لي به، ولم يرو عن أبي يوسف ومحمد فيه شيء، واختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: أول وقته إذا بلغ سبع سنين، وبعضهم قالوا: إذا بلغ تسع سنين، وبعضهم قالوا: إذا بلغ عشر سنين؛ لأنه أول وقت يجوز إيصال الألم إليه؛ قال عليه السلام: «واضربوهم عليها إذا بلغوا عشراً»[1] وبعضهم لم يؤقتوا في ذلك وقتاً، وقالوا: إذا كان الصبي بحال يطيق ألم الختان يحسن، وإلا فلا.

وإنه من جملة السنن حتى قالوا: إذا اجتمع أهل المصر على ترك الختان يحاربهم الإمام؛ لأن الختان سنة، فيحاربهم في تركه، كما يحاربهم في سائر السنن.

وفي «العيون»: غلام ختن فلم يقطع الجلدة كلها، فإن قطع أكثر من النصف يكون ختاناً؛ لأن الأكثر يقوم مقام الكل، وإن كان نصفاً أو دونه لا يكون ختاناً لانعدام الختان حقيقة وحكماً. وفي صلاة «النوازل»: الصبي إذا لم يختن، ولا يمكن أن يمد جلده ليقطع إلا بتشديد وحشفته قاصرة، إذا رآه إنسان يراه كأنه اختتن ينظر إليه الثقات، وأهل البصر من الحجامين، فإن قالوا: هو على خلاف ما يمكن الإحسان، فإنه لا يشد عليه ويترك؛ لأن الواجبات تسقط بالأعذار فالسنن أولى، وكذا الشيخ الضعيف من أهل المجوس إذا أسلم، وقال أهل البصر: إنه لا يطيق الختان يترك، وفي فوائد أكثر . . .[2] أختن الصبي ثم طال جلدته؛ إن صار بحال يستر حشفته يقطع، وما لا فلا.

اختلفت الروايات في ختان النساء؛ ذكر في بعضها أنها سنة، وهكذا حكي عن بعض المشايخ، واستدل هذا القائل بما ذكر محمد رحمه الله في كتاب الخنثى: أن الخنثى يختن، ولو كان مكرمة لا يختن؛ لأنه يحتمل أنه امرأة، وعلى هذا التقدير لا يجوز للمرأة أن تفعل ذلك، فيتعذر الفعل لانعدام الفاعل فيسقط، وذكر شمس الأئمة الحلواني في «أدب القاضي» للخصاف: أن ختان النساء مكرمة.

إخصاء الفرس لا بأس به عندنا، ومن الناس من كرهه، وكذلك إخصاء سائر

(١) أخرجه الترمذي في المواقيت باب ١٨٢، وأبو داود في الصلاة باب ٢٦.
(٢) بياض بالأصل.

الحيوانات لا بأس به عندنا، ومن الناس من كرهه، والذي كرهه احتج بما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن إخصاء الإبل والبقر والغنم والخيل[١]، وقوله تعالى: ﴿وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ﴾ [النساء:١١٩] يشهد لما قالوا أويؤيد ما رووا، وعندنا لا بأس بإخصاء سائر الحيوانات سوى بني آدم، وتأويل الآية إخصاء بني آدم هذه الجملة من شرح «السير»، وهذا هو التأويل لقوله عليه السلام: «لا خصاء في الإسلام»[٢]، وقيل: تأويل الحديث أن يخصي الرجل نفسه وإنه حرام. وفي إجارات «الأصل»: إن إخصاء بني آدم حرام بالاتفاق، فأما إخصاء الفرس فقد ذكر شمس الأئمة الحلواني في «شرحه»: أنه لا بأس به عند أصحابنا، وذكر شيخ الإسلام في «شرحه»: أنه حرام، وقد صح عن عمر رضي الله عنه: أنه نهى عن إخصاء الفرس، وأما غيره من البهائم فلا بأس به إذا كان فيه منفعة، وإذا لم يكن فيه منفعة فهو حرام، وفي أضحية «النوازل» في إخصاء السنور إنه لا بأس به إذا كان فيه منفعة أو دفع ضرره. وفي «الواقعات»: لا بأس بإخصاء البهائم إن كان يراد به إصلاح البهائم، فأما كي البهائم فقد كرهه بعض المشايخ، وبعضهم جوزوه؛ لأن فيه منفعة ظاهرة فإنها علامة، وعن رسول الله ﷺ: أنه نهى عن كي الحيوان على الوجه[٣]، فهذا يشير إلى جوازه على غير الوجه. [٩٦ب/ ٢]

وفي «النوازل:» إذا وقت يوم الجمعة لقلم الأظفار إن رأى أنه جاوز الحدّ قبل يوم الجمعة ومع هذا يؤخر إلى يوم الجمعة يكره؛ لأن من كان ظفره طويلاً كان رزقه ضيقاً، وإن لم يجاوز الحدود فيه تبركاً بالأخبار فهو مستحب؛ لأن عائشة رضي الله عنها روت عن النبي عليه السلام أنه قال: «من قلم أظافره يوم الجمعة أعاذه الله تعالى من البلايا إلى الجمعة الأخرى وزيادة ثلاثة أيام»[٤].

ولو قلم أظفاره أو جز شعره يجب أن يدفن، وإن رمى فلا بأس، وإن رماه في الكنيف والمغتسل فهو مكروه، ويغسل؛ لأنه يورث الدّاء.

وينبغي للرجل أن يأخذ من شاربه حتى يصير مثل الحاجب، قال الفقيه رحمه الله تعالى: وقد استدلّ بعض المشايخ من أصحابنا بهذه المسألة أن رجلاً لو توضأ ولم يصل الماء إلى ما تحت شاربه أنه يجوز؛ لأنه رخص في مقدار الحاجب، ثم لو لم يصل الماء تحت الحاجب يجوز، فكذا هذا وبه نأخذ وعليه الفتوى، وهذا الذي ذكرنا كله في حق غير الغازي، فأما الغازي في دار الحرب يندب إلى تطويل الأظفار ليكون سلاحاً له،

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٢٤، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٢٤، وابن عدي في الكامل في الضعفاء ٢/ ٦٠٢، ٦٠٣.

(٢) أخرجه البخاري في التاريخ الكبير ٥/ ٢٦٩.

(٣) روي الحديث بلفظ: «نهى عن الكي» أخرجه أبو داود حديث ٣٨٦٥، وأحمد في المسند ٤/ ١٥٦، ٤٣٠، ٤٤٤، ٤٤٦.

(٤) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ٢/ ١٧١، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٧٢٤١، وعبد الرزاق في المصنف ٥٣١٠، والعجلوني في كشف الخفاء ٢/ ٥٥٦.

ويندب إلى تطويل الشارب ليكون أهيب في عين العدو.

وإذا حلقت المرأة شعرها؛ فإن حلقت لوجع أصابها فلا بأس به، وإن حلقت تشبهاً بالرجال فهو مكروه، وهي ملعونة على لسان صاحب الشرع، وإذا وصلت المرأة شعر غيرها بشعرها فهو مكروه، قال عليه السلام: «لعن الله الواصلة والمستوصلة»[١] هي التي تصل شعر امرأة بشعر امرأة أخرى، وإنما جاءت الرخصة في شعر غير بني آدم، تتخذه المرأة، ويزيد في قرونها، هكذا ذكر في «النوازل» وهو مروي عن أبي يوسف، قال: وإذا لم يكن للعبد شعر في الجبهة، فلا بأس للتجار أن يعلقوا على جبهته شعراً؛ لأنه يوجب زيادة في الثمن، هذا دليل على أنه إذا كان العبد للخدمة، ولا يريد بيعه أنه لا يفعل ذلك.

الفصل الحادي والعشرون
في الزينة، واتخاذ الخادم للخدمة

اعلم بأن الزينة نوعان: نوع يرجع إلى البدن، ونوع يرجع إلى غيره، نبدأ بالذي يرجع إلى البدن، فنقول اتفق المشايخ أن الخضاب في حق الرجال بالحمرة سنة، وأنه من سير المسلمين وعلاماتهم، والأصل فيه قوله عليه السلام: «غيروا الشيب ولا تشبهوا باليهود»[٢] وقال الراوي: رأيت أبا بكر على منبر رسول الله عليه السلام ولحيته كأنها صرام عرفج، والعرفج اسم لنبت في البادية هي أشد حمرة من النار.

وأما الخضاب بالسواد: فمن فعل ذلك من الغزاة ليكون أهيب في عين العدو فهو محمود منه، اتفق عليه المشايخ، ومن فعل ذلك ليزين نفسه للنساء، وليحبب نفسه إليهن فذلك مكروه عليه عامة المشايخ. وبنحوه ورد الأثر عن عمر رضي الله عنه، وبعضهم جوزوا ذلك من غير كراهية، روي عن أبي يوسف أنه قال: كما يعجبني أن تتزين لي يعجبها أن أتزين لها، هذه الجملة من شرح «السير الكبير».

اتفق المشايخ على أنه لا بأس بالإثمد للرجل، واتفقوا على أنه يكره الكحل الأسود إذا قصد به الزينة، واختلفوا فيما إذ لم يقصد به الزينة عامتهم على أنه لا يكره في «شرح السير» أيضاً، وفي «فتاوى أهل سمرقند»: لا بأس بالاكتحال يوم عاشوراء، روي أن أم سلمة كحلت رسول الله عليه السلام يوم عاشوراء، وفي «المنتقى»: روى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: لا بأس بأن تخضب المرأة يدها ورجلها تتزين بذلك لزوجها، ما لم يكن خضاباً فيه تماثيل، ولا بأس بالخضاب للجارية الصغيرة والكبيرة، وأما الصبي فلا ينبغي أن تخضب يده ولا رجله كالرجل.

---

(١) أخرجه البخاري في اللباس حديث ٥٩٣٤، ومسلم في اللباس حديث ٢١٢٢، والترمذي في اللباس حديث ١٧٥٩، والنسائي حديث ١٩٨٨.

(٢) أخرجه الترمذي في اللباس حديث ١٧٥٢، والنسائي في الزينة حديث ٥٠٧٣.

وأما الذي يرجع إلى غير البدن قال محمد رحمه الله: ولا بأس بأن يتخذ الرجل في بيته سريراً من ذهب أو فضة، وعليه الفرش من الديباج يتجمل بذلك للناس من غير أن يقعد أو ينام عليه، فإن ذلك منقول عن السلف من الصحابة والتابعين روي أن الحسن أو الحسين لما تزوج امرأة يزدجر، وزينت بيته بالفرش من الديباج والأواني المتخذة من الذهب والفضة، فدخل عليه بعض من بقي من أصحاب رسول الله؛ وقال: ما هذا الذي في بيتك يا ابن رسول الله؟ فقال: هذا امرأة تزوجتها فأتت بهذه الأشياء، فلم أستحسن أن أمنعها من ذلك، وعن محمد ابن الحنفية أنه زين داره بمثل هذه فعاتبه في ذلك بعض الصحابة، فقال: إنما أتجمل للناس بهذا، ولست أستعمله كيلا ينظر أحد إلي بغير الجميل، وقول محمد من غير أن يقعد أو ينام عليه، فذلك راجع إلى قول محمد؛ لأنه لا يرى القعود والنوم على الديباج على ما مرَّ. فأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يتأتى؛ لأنه يرى النوم والقعود على الديباج على ما مرَّ.

ذكر الفقيه أبو جعفر في شرح «السير الكبير»: أنه لا بأس بأن تستر حيطان البيوت باللبود المنقشة إذا كان قصد فاعله دفع البرد، فإن كان قصد فاعله الزينة فهو مكروه، وذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرح السير» أيضاً: لا بأس بأن تستر حيطان البيت باللبود إذا كان قصد فاعله دفع البرد، وزاد عليها فقال: أو بالخيش إذا كان قصد فاعله دفع الحر؛ لأن مقصود فاعله الانتفاع دون الزينة، وإنما يكره من ذلك ما يكون على قصد الزينة، فقد صح أن عمر رضي الله عنه أمر بنزعه ولما رأى سليمان ذلك، فقال أبو ....[1] بينكم هذا، وتحولت الكعبة في كبده أشار إلى معنى الكراهة وهو تشبيه سائر البيوت بالكعبة، وفي «فتاوى أهل سمرقند» إرخاء الستر على البيت مكروه، قالوا: نص عليه محمد رحمه الله في «السير الكبير»؛ لأنه زينة وتكبر، ذكر محمد في **«السير الكبير»** عن ابن أبي جحيفة قال: رأيت رسول الله ﷺ في قبة حمراء من أدم، يعني يوم فتح مكة، ورأيت بلالاً قد أدخل عليه وجوه لم يحرجه نهر نفسه الحديث إلى أن قال ثم خرج رسول الله عليه السلام وعليه حلة حمراء[2]، في الحديث دليل على أنه لا بأس بالتزين، ألا ترى أنه كان لرسول الله عليه السلام جبة حمراء من أدم، وفيه دليل على أنه لا بأس للإنسان أن يكون معه من يخدمه، ألا ترى أنه كان بلال مع رسول الله عليه السلام، وكان يقوم بخدمة وضوئه وغير ذلك، ولكن ينبغي أن يكلفه الخدمة قدر ما يطيق، وعن هذا قلنا: إنه لا بأس للإنسان أن يذهب راكباً حيث شاء وغلامه يمشي معه بعد أن كان يطيق ذلك، وإن كان لا يطيق ذلك فهو مكروه.

بلغنا أن عثمان رضي الله عنه أتى رسول الله ﷺ [٩٧أ/ ٢] راكباً، وغلامه يمشي مسرعاً، فكره ذلك رسول الله فقال: أولم تتركه في البيت، فأعتقه عثمان، وتأويله أنه

---

(١) بياض بالأصل.
(٢) أخرجه البخاري في الصلاة حديث ٣٧٦، ومسلم في الصلاة حديث ٥٠٣، وأبو داود في الصلاة حديث ٥٢٠.

كان لا يطيق، وقوله: خرج رسول الله عليه السلام وعليه حلة، إن كان ذلك قبل تحريم الإبريسم على الرجال، فلا حاجة إلى حمله على محمل، وإن كان بعد ذلك فالمراد من الحلة المنسوج من القطن، فإن العرب كانوا يسمون المنسوج من القطن حلة لجودته، وقوله حمراء إن كان قبل تحريم لبس المعصفر والمزعفر على الرجال فلا حاجة إلى تأويله وحمله على محمل، وإن كان بعد ذلك فهو محمول على لون القطن، يعني وعليه جبة منسوجة خير من قطن لونه أحمر.

الفصل الثاني والعشرون
في قتل المسلم والده المشرك، ومن بمعناه، وقتله سائر محارمه

قال محمد رحمه الله: لا بأس بأن يقتل الرجل المسلم كل ذي رحم محرم من المشركين نبذوا به إلا الوالد خاصة، وإنما يكره له أن يترك والده بذلك، والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَقَـٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾ [التوبة: ٣٦] من غير فصل بين كافر وكافر لكن تركنا ظاهره في حق الوالد بالإجماع، وبنص آخر وهو قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣] ، والنهي عن التأفف نهي عن القتل بطريق الأولىٰ، وتخصيص الوالد عن ظاهر ما تلونا لا يدل على تخصيص غير الوالد من الابن والأخ والعم والخال وأشباههم؛ لأنه اجتمع في حق الوالد حرمتان؛ حرمة القرابة وحرمة الأبوة، فإن للأب زيادة حرمة بسبب الأبوة ليست هي لغيره ممن له قرابة محرمة للنكاح، حتى لا يقتل الوالد بالولد، ولا يحبس بدينه، فخصص بالوالد عن ظاهر ما تلونا وله زيادة حرمة لا يدل على تخصيص غير الوالد، وليس له تلك الزيادة، وإذا ثبت هذا في الوالد ثبت في الوالدة من طريق الأولى؛ لأنه اجتمع في حقها ثلاث حرمات؛ حرمة القرابة، وحرمة الأمية، فإن للأم زيادة حرمة ليست لغيرها، حتى لا تقتل بولدها، ولا تحبس بدين الولد، والأنوثة، فإن الأنوثة مما يحرم القتل فيخصص الأب عن ظاهر الآية، وله حرمتان، فيكون مخصصاً للأم ولها ثلاث حرمات، فإن أثبت في هذا الحكم في حق الوالد والوالدة ثبت في حق الأجداد والجدات من قبل الأب والأم؛ لأنهم بمنزلة الآباء والأمهات، ألا ترى أنهم لا يقتلون بولد الولد، ولا يحبسون بدينه كالأب والأم.

وهذا إذا لم يضطره الوالد إلى قتله فلا بأس بقتله إذا لم يمكنه الهرب منه؛ لأن ترك الأب حتى يقتله إهلاك نفسه والمأمور به في حق الابن شرعاً أن لا يتعرض للأب بشيء، ابتداءً لا إهلاك نفسه، وهذا كما نهينا عن قتل الصبي والشيخ الفاني من المشركين ابتداءً، ثم إذا جاء الاضطرار منهم بأن قصد واحد منهم مسلماً بالقتل، كان للمسلم أن يقتله وطريقه ما قلنا، وإذا ظفر بوالده في الصف فلا يقصده بالقتل، ولا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حرباً على المسلمين، ولكن يلجئه إلى موضع ويمسك به حتى يجيء غيره ويقتله، قال محمد رحمه الله: وهو أحب إلينا، هذا هو الكلام فيما بين المسلمين والمشركين.

بقي الكلام بين أهل البغي، وبين أهل العدل، فنقول: لا ينبغي للعادل أن يبتدىء كل ذي رحم محرم من أهل البغي بالقتل؛ لأنه اجتمع في حق التناهي حرمتان؛ حرمة الإسلام، وحرمة القرابة، فكان نظير الأب المشرك الذي اجتمع فيه حرمة القرابة، وحرمة الأبوة، وهو نظير ما قالوا: لا ينبغي للمسلم أن يقتل كل ذي رحم محرم في الرحم، والخصومة بالأب لاجتماع الحرمتين، وهو حرمة الإسلام والقرابة.

الفصل الثالث والعشرون
فيما يسع من الجراحات في بني آدم والحيوانات، وقتل الحيوانات، وما لا يسع من ذلك.

في «فتاوى أبي الليث» في امرأة حامل ماتت، وعليه أن ما في بطنها حي، فإنه يشق بطنها من الشق الأيسر، وكذلك إذا كان أكثر رأيهم أنه حي شق بطنها. في «القدوري» وفي نكاح «فتاوى أبي الليث»: البكر إذا جومعت فيما دون الفرج، فحبلت بأن دخل الماء فرجها، ودنا أوان الولادة، تزال عذرتها إما . . . . .[1] أو بطرف درهم؛ لأن بدونه لا يخرج الولد، ولو اعترض الولد في بطن حامل، ولم يوجد سبيل إلى استخراج ذلك إلا بقطع الولد إرباً إرباً، ولو لم يفعل ذلك يخاف الهلاك على الأم، فإن كان الولد ميتاً في البطن فلا بأس به، وإن كان حياً لا معنى لجواز القطع؛ لأن هذا قتل النفس لصيانة نفس آخر، والشرع لم يرد بمثله.

وفي «القدوري» و«العيون»: رجل ابتلع درة لرجل، فمات المبتلع ولم يدع مالاً، قال: لا يشق بطنه وعليه القيمة، وذكر في أول الفصل الثاني من كتاب «الحيطان»: أنه يشق بطن المبتلع، وصورة ما ذكر في كتاب «الحيطان»: رجل ابتلع عشر دنانير رجل، ومات المبتلع يشق بطنه، فعلى ما ذكر في «الحيطان» لا يحتاج إلى الفرق بين المبتلع وبين المرأة الحامل إذا ماتت واضطرب في بطنها شيء، وعلى ما ذكر في «العيون» يحتاج إلى الفرق، والفرق الثاني مسألة المبتلع لو جوزنا الشق كان فيه إبطال حرمة الأعلى، وهو الأوفى لصيانة الأدنى وهو المال، ولا كذلك مسألة الحامل.

وفي «البقالي» عن أبي يوسف أنه قال: أكره من طلب الصيد ما طلب منه للهو، قال: وأكره تعليم البازي بالطير الحي، يأخذه فيعذبه، وقال: ويعلم بالمذبوح، قال: ولا بأس بالحمار وغيره يكون به الداء ويكون صاحبها معها في . . . .[1] ويعجز عن . . . .[1] أن يذبحها، وعنه في الدابة تقطع يدها أو رجلها أنها إن كانت في مما يؤكل يذبحها وإلا عالجها، وعن بعض المتقدمين أنه لا بأس بقطع الألية من الشاة إذا كانت الألية بحالة يمنع بقاءها الشاة أن تلتحق بالقطيع وخيف عليها الذئب، وفي «فتاوى أبي

(١) بياض بالأصل.

الليث»: رجل مضطر لا يجد ميتة خاف الهلاك، فقال له رجل: اقطع يدي وكلها، أو اقطع مني قطعة وكلها لا يسعه ذلك؛ لأنه ربما يؤدي إلى إتلافه.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: رجل له كلب عقور في قرية، كل من مرَّ عليه عقره، فلأهل القرية أن يقتلوا هذا الكلب دفعاً لضرره، فإن عقر أحداً هل يجب الضمان على صاحبه؟ إن لم يتقدموا إليه قبل العض فلا ضمان عليه، وإن تقدموا إليه فعليه الضمان، بمنزلة الحائط المائل إذا سقط على إنسان، وفيه نظر. وفي «الواقعات» لا ينبغي للرجل أن يتخذ كلباً [٩٧ب/ ٢] في داره إلا كلباً يحرس ماله؛ لأن كل دار فيها كلب لا يدخلها الملائكة، وفي «العيون»: قرية فيها كلاب كثيرة، ولأهل القرية منها ضرر يؤمر أرباب الكلاب بقتل الكلاب دفعاً للضرر عنهم، فإن أبوا رفعوا الأمر إلى الإمام حتى يأمرهم الإمام بذلك.

وفي أضحية «النوازل»: رجل له كلاب لا يحتاج إليها ولجيرانه منها ضرر، فإن أمسكها في ملكه فليس لجيرانه منعه؛ لأنه يتصرف في ملكه، وإن أرسلها في السكة فلهم منعه، فإن امتنع رفعوا إلى القاضي أو إلى صاحب الحسبة حتى يمنعه عن ذلك، وكذلك من امتلك دجاجة أو جحشاً أو عجولاً في الرستاق، فهو على هذين الوجهين.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: الهرة إذا كانت مؤذية لا تضرب، ولا تفرك أذنها ولكنها تذبح بسكين حاد، وفي «فتاوى أهل سمرقند»: قتل الجراد يحل؛ لأنه صيد، لا سيما إذا كان فيه ضرر عام، وتكلم المشايخ في النملة، قال الصدر الشهيد: والمختار للفتوى أنها إذا ابتدأت بالأذى فلا بأس بقتلها، وإن لم تبتدىء يكره قتلها، والأصل في ذلك: ما روي أن نملة قرصت نبياً من الأنبياء، فأحرق بيت النملة، فأوحى الله تعالى هلاّ قتلت تلك النملة الواحدة، دليل على جواز قتلها عند الأذى، وعلى عدم الجواز عند انعدام الأذى، واتفقوا على أنه لا يجوز إلقاؤها في الماء، وقتل القملة يجوز على كل حال.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إحراق القمل والعقرب بالنار مكروه، جاء في الحديث: «لا يعذب بالنار إلا ربها»[1]، وطرحها حية مباح، ولكن يكره من حيث الأدب ....[2] الذي يقال له بالفارسية: «تبله» يلقى في الشمس ليموت....[2] ولا يكون به بأس؛ لأن في ذلك منفعة للناس، ألا ترى أن السمكة تلقى في اليبس فتموت ولا يكون به بأس، ولا بأس بكيِّ الصبي إذا كان لداء أصابهم؛ لأن ذلك مداواة، ذكر في «واقعات الناطفي»، وفيه أيضاً: لا بأس بثقب أذن الطفل من النعات، فقد صح أنهم كانوا يفعلون ذلك في زمن رسول الله عليه السلام من غير إنكاره.

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٦٧٣.
(٢) بياض بالأصل.

الفصل الرابع والعشرون
في تسمية الأولاد وكناهم

روي عن رسول الله ﷺ، قال: «سموا أولادكم أسماء الأنبياء وأحب الأسماء إلى الله تعالى؛ عبد الله، وعبد الرحمن»[١] قال الفقيه أبو الليث: لا أحب للعجم أن يسموا عبد الرحمن وعبد الرحيم؛ لأن العجم لا يعرفون تفسيره، فيسمونه بالتصغير، وروي عن النبي عليه السلام: أنه نهى أن يسمى المملوك نافعاً أو بركة، أو ما أشبه ذلك، قال الراوي: ؛ لأنه لم يحب أن يقال: ليس ههنا بركة، ليس ههنا نافع إذا طلبه إنسان، وفي الأثر: «لا يقول الرجل عبدي وأمتي، بل يقول: فتاي وفتاتي»[٢].

وفي «الفتاوى»: التسمية باسم لم يذكره الله تعالى في كتابه ولا ذكره رسول الله عليه السلام، ولا استعمله المسلمون تكلموا فيه، والأولى أن لا تفعل.

وروي إذا ولد لأحدهم ولد فمات، فلا يدفنه حتى يسميه إن كان ذكراً باسم الذكر، وإن كان أنثى فباسم أنثى، وإن كان لم يعرف فباسم يصلح لهما.

وأما الكلام في الكنية فكان عادة العرب أنه إذا ولد لأحدهم ولد كان يكنى به، وامرأته كانت تكنى به أيضاً، يقال للزوج: أبو فلان، ولامرأته: أم فلان، كما قيل: أبو سلمة، وامرأته أم سلمة، وأبو الدرداء، وامرأته أم الدرداء، وأبو ذر، وامرأته أم ذر، وكان الرجل لا يكنى له ما لم يولد له، ولو كنى ابنه الصغير بأبي بكر، أو غيره كره بعضهم، إذ ليس لهذا الابن ابن اسمه بكر ليكون هو أب بكر، وعامتهم على أنه لا يكره؛ لأن الناس يريدون بهذا التعالي أنه سيصير في ثاني الحال، لا التحقيق في الحال.

ولا بأس بأن يكنى بكنية رسول الله ﷺ، والذي روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «سموا باسمي، ولا تكنوا بكنيتي»[٣]، فقد قيل: إنه منسوخ، وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: أنه سمى ابنه محمد وهو ابن الحنفية، وكناه أبو القاسم وقد كان استأذن منه. وعن عائشة رضي الله عنها: أن امرأة قالت لرسول الله ﷺ: إني ولدت غلاماً فسميته محمداً وكنيته أبا القاسم، فذكر لي أنك تكره ذلك، فقال: «ما الذي حرم كنيتي وأحل اسمي» أو «ما الذي حلَّ اسمي، وحرم كنيتي»[٤]، وعن محمد: أن من سمي باسم رسول الله ﷺ أكره أن يكنى بكنيته، ذكره في الكشف.

---

(١) أخرجه أبو داود في الأدب حديث ٤٩٥٠، والنسائي في الخيل حديث ٣٥٦٥.

(٢) أخرجه البخاري في العتق باب ١٧، ومسلم في الألفاظ حديث ١٣، ١٥، وأبو داود في الأدب باب ٧٥، وأحمد في المسند ٢/٣١٦، ٤٢٣، ٤٦٣، ٤٨٤، ٤٩١، ٥٠٨.

(٣) أخرجه البخاري في البيوع حديث ٢١٢٠، ومسلم في الآداب حديث ٢١٣٣، وابن ماجه في الأدب حديث ٣٧٣٦، والدارمي في الاستئذان حديث ٢٦٩٣.

(٤) أخرجه أبو داود في الأدب حديث ٤٩٦٨.

الفصل الخامس والعشرون
في الغيبة والحسد

ذكر في «العيون»: رجل اغتاب أهل قرية لم يكن غيبة حتى يسمي قوماً يعدون، وفي «فتاوى أهل سمرقند»: رجل ذكر مساوىء أخيه المسلم على وجه الاهتمام فلا بأس به؛ لأن هذا ليس بغيبة، الغيبة أن يذكر ذلك مريداً البت والنقص، ولو كان الرجل يصلي ويضر الناس باليد واللسان لاغيبة في ذكره بما فيه لقوله عليه السلام: «اذكروا الفاجر بما فيه»(١) وإن أعلم السلطان لزجره، فلا إثم عليه.

وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «لا حسد إلا في اثنين؛ رجل آتاه الله مالاً فهو ينفقه في طاعة الله، ورجل آتاه الله علماً فهو يعلمه الناس ويقضي به»(٢) الحديث بظاهره دليل على إباحة الحسد في هذين؛ لأنه استثناء من التحريم إباحة، قال شيخ الإسلام: وليس الأمر كما يقتضيه ظاهر الحديث، والحسد حرام في هذين كما هو حرام في غيرهما، وإنما معنى الحديث؛ لا ينبغي للإنسان أن يحسد غيره، ولو حسد إنما يحسد في هذين لا لكون الحسد فيهما مباحاً، بل لمعنى آخر أن الإنسان إنما يحسد غيره عادة لنعمة يراها عليه، فيتمناها لنفسه، وما عدا هذين من أمور الدنيا ليس بنعمة؛ لأن مآل ذلك سخط الله، والنعمة ما يكون مآله رضا الله تعالى، وهذان مآلهما رضا الله فهما النعمة دون ما سواهما، ثم بعض مشايخنا قالوا: الحسد المذموم أن يرى على غيره نعمة، فيتمنى زوال تلك النعمة عن ذلك الغير، وكينونتها لنفسه، أما لو تمناها لنفسه فذلك لا يسمى حسداً، بل يسمى غبطة، وكان شيخ الإسلام يقول: لو تمنى تلك النعمة بعينها لنفسه يكون حراماً ومذموماً؛ لأنه بمعنى الزوال عن ذلك الغير، والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْاْ مَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بِهِۦ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍۚ﴾ [النساء: ٣٢]، أما إذا تمنى مثل ذلك لنفسه فلا بأس به، وذكر شمس الأئمة السرخسي في معنى الحديث أن الحسد مذموم [١٩٨أ/ ٢] بغير الحاسد إلا فيما استثني فهو محمود في ذلك، وإنه ليس بحسد على الحقيقة بل هو غبطة، والحسد أن يتمنى الحاسد أن يذهب بنعمة المحسود عنه، ويتكلف لذلك، ويعتقد أن تلك النعمة في غير موضعها، ومعنى الغبطة أن يتمنى لنفسه مثل ذلك من غير أن يتكلف، ويتمنى ذهاب ذلك عنه، أورد محمد رحمه الله هذا الحديث في «أدب القاضي».

---

(١) أخرجه العجلوني في كشف الخفاء ١/ ١١٤، ٢/ ٤٩٢، وابن حجر في الكاف الشاف في تخريج أحاديث الكشاف ١٥٧.

(٢) أخرجه البخاري في العلم حديث ٧٣، ومسلم في المسافرين حديث ٨١٦، وابن ماجه في الزهد حديث ٤٢٠٨.

الفصل السادس والعشرون
في دخول النساء الحمام، وفي ركوبهن على السروج

ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير» عن عمر بن عبد العزيز: أنه كتب أن لا يدخل الحمام امرأة إلا نفساء أو مريضة، ولا تركب امرأة مسلمة على سرج، قوله: لا يدخل الحمام امرأة نهي على سبيل العموم، ولكن بصيغة الخبر، وقوله: إلا نفساء أو مريضة استثناءٌ لحالة العذر، ولا خلاف لأحد في إباحة الدخول لهن بهذه الأعذار.

أما بعذر المرض فإن للحمام أثراً في إزالة بعض الأمراض، فكان يشبه التداوي بسائر المداواة، وقد أبيح لها في حالة العذر ما هو أشد من هذا، وهو كشف العورة للتداوي.

وأما بعذر النفاس فلأنه نوع مرض، وقاس بعض مشايخنا الحيض على النفاس من حيث إنه مرض كالنفاس.

وأما دخولهن الحمام بغير هذه الأعذار، فقد اختلف المشايخ في ذلك؛ بعضهم قالوا: لا يباح، وإليه مال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده، ويستدل بهذا القائل بعموم قوله: لا يدخل الحمام امرأة، ويستدل أيضاً بامتناع محمد رحمه الله عن ردّ هذا الحديث عند ذكره، فإنه لم يقل: ولا نأخذ به، فدل أن ذلك قوله، ويؤيد ذلك قوله عليه السلام: «أيما امرأة وضعت جلبابها في غير بيت زوجها، فعليها لعنة الله والملائكة، والناس أجمعين»[1] ولما دخلت نساء . . .[2] على عائشة رضي الله عنها قالت: أنتن من اللاتي يدخلن الحمام؟ فقلن: نعم، فأمرت بإخراجهن وغسل موضع جلوسهن.

وبعضهم قالوا: يباح إذا خرجت بإذن زوجها متعففة واتزرت حين دخلت الحمام، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي؛ وهذا لأن دخول الحمام إما لأجل الزينة، وهو بالنساء أليق منه بالرجال، أو للحاجة إلى الاغتسال، وحاجة المرأة إلى الحمام لذلك أشد من حاجة الرجال؛ لأن أسباب الاغتسال في حقهن أكثر، وهي لا تتمكن من الاغتسال في الحياض والأنهار، والرجل يتمكن من ذلك، فالإباحة في حق الرجل تدل على الإباحة في حق المرأة من طريق الأولى، فتأويل الأحاديث في التي تخرج بغير إذن الزوج غير متعففة.

وقوله: ولا تركب امرأة مسلمة على سرج بظاهره، نهى النساء عن الركوب على السرج، وبه نقول وإنه خرج موافقاً لقوله عليه السلام: «لعن الله الفروج على السروج»[3]

---

(١) أخرجه الترمذي في الأدب حديث ٢٨٠٣، وابن ماجه في الأدب حديث ٣٧٥٠، والدارمي في الاستئذان حديث ٢٦٥١.

(٢) بياض بالأصل.

(٣) أخرجه علي القاري في الأسرار المرفوعة ٢٨٢.

والمعنى في النهي من وجهين؛ أحدهما: أن هذا تشبه بالرجال، وقد نهين عن ذلك، الثاني: أن فيه إعلان الفتن وإظهارها للرجال، وقد أمرن بالستر، قالوا: وهذا إذا كانت شابة، وقد ركبت السرج والفرج، فأما إذا كانت عجوزاً أو كانت شابة إلا أنها ركبت مع زوجها بعذر بأن ركبت للجهاد، وقد وقعت الحاجة إليهن للجهاد، أو للحج أو للعمرة فلا بأس إن كانت مستترة، فقد صح أن نساء المهاجرين كنَّ يركبن الأفراس، ويخرجن للجهاد، فكان رسول الله عليه السلام يراهن ولا ينهاهن(١)، وكذلك بنات خالد بن الوليد كن يركبن، ويخرجن للجهاد يسقين المجاهدين في الصفوف ويداوين الجرحى.

الفصل السابع والعشرون
في البيع، والاستيام على سوم الغير

ذكر محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: أن بيع السرقين جائز عندنا؛ لأن السرقين منتفع به، وإن كان نجساً يجوز بيعه كالثوب النجس، بيان الانتفاع أن الناس اعتادوا إلقاء السرقين في الأراضي لاستكثار الريع من غير تكثير، وإذا ثبت أنه منتفع كان مالاً عرفاً وشرعاً، ولأجل ذلك الناس يحرزونه، ويجري الشح والضنة فيه، وإذا ثبتت المالية جاز البيع.

ويكره بيع العذرة الخالصة؛ لأنها غير منتفع بها؛ لأن الناس لا يحرزونها ولا ينتفعون بها، وإنما ينتفعون بالمخلوط بالتراب، فالمخلوط بالتراب منتفع فيجوز البيع، أما غير المخلوط ليس بمنتفع فلا يجوز البيع، وهل يجوز استعمال العذرة الخالصة؟ فعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه فيه روايتان.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» أيضاً: ولا بأس ببيع من يزيد وهو بيع الفقراء ومن كسدت بضاعته، والأصل فيه ما روي أن النبي عليه السلام باع حلساً وقدحاً ببيع من يزيد(٢)، ولأن الناس تعاملوا ببيع المزايدة في الأسواق من لدن رسول الله عليه السلام إلى يومنا هذا من غير نكير.

وإنما أورد هذه المسألة لإشكال، وهو أن الاستيام على سوم الغير منهي، قال عليه السلام: «لا يستام الرجل على سوم أخيه»(٣) وإذا أردت أن تعرف الفرق بين الاستيام على سوم الغير، وبين بيع المزايدة، فمعرفة ذلك بحرف، وهو أن صاحب المال إذا كان ينادي عن سلعته، فطلبه إنسان بثمن، فإن لم يكف عن النداء فلا بأس لغيره أن يزيد، ويكون

---

(١) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/٢٢٨.
(٢) أخرجه أبو داود في الزكاة حديث ١٦٤١، والترمذي في البيوع حديث ١٢١٨، وابن ماجه في التجارات حديث ٢١٩٨.
(٣) أخرجه البخاري في الشروط حديث ٢٧٢٧، ومسلم في البيوع حديث ١٥١٥، والنسائي في البيوع حديث ٤٤٩١.

هذا بيع المزايدة، ولا يكون استياماً على سوم الغير. وإن كف عن النداء، ويمكن إلى ما طلب منه ذلك الرجل، فليس للغير أن يزيد في ذلك، ويكون هذا استيام على سوم الغير، وإن كان الدلال هو الذي ينادي على السلعة فطلبه إنسان بثمن، وقال الدلال: حتى أسأل المالك فلا بأس للغير أن يزيد في هذه الحالة، فإن أخبر مالكه بذلك فقال: بعه واقبض الثمن، فليس للغير أن يزيد بعد ذلك، ويكون هذا استياماً على سوم الغير؛ وهذا لأن النهي عن الاستيام على سوم الغير لدفع الدهشة والرحمة، إنما يجعل إذا ركن قلب صاحب السلعة إلى ما طلب منه وعزم على بيعها بذلك أما قبل ذلك فلا.

والدليل على صحة ما قلنا ما روي في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت: يا رسول الله عليك السلام إن معاوية وأبا الجهم يخطبانني فما ترى؟ فقال عليه السلام: «أما معاوية فصعلوك [٩٨ب/ ٢] لا مال له، وأما أبو الجهم فلا يرفع عصاه عن أهله، انكحي أسامة بن زيد، ففعلت ووجدت منه خيراً كثيراً»[١]، فثبت بهذا الحديث صحة ما ذهبنا إليه من الفرق.

وفي وديعة «العيون»: رجل اشترى جارية وهي لغير البائع، أو اشترى ثوباً وهو لغير البائع، فوطىء المشتري الجارية ولبس الثوب وهو لا يعلم، ثم علم فهل المشتري آثم؟ روي عن محمد أن الجماع واللبس حرام، إلا أنه يوضع عن المشتري الإثم، وقال أبو يوسف: الوطء حلال وهو مأجور في إتيان الجارية، وإذا تزوج امرأة ثم تبين أنها كانت منكوحة الغير، وقد وطئها الزوج الثاني، يجب أن تكون المسألة على الخلاف الذي ذكرنا.

الفصل الثامن والعشرون
في الرجل يخرج إلى السفر ويمنعه أبواه، أو أحدهما أو غيرهما من الأقارب أو يمنعه الدائن، والعبد يخرج ويمنعه المولى والمرأة

قال محمد رحمه الله في «السير»: ولا يخرج الرجل إلى الجهاد وله أب أو أم إلا بإذنه، إلا من النفير العام، والأصل في ذلك ما روي عن رسول الله عليه السلام أنه سئل عن أفضل الأعمال، فقال: «الصلاة لوقتها، ثم بر الوالدين، ثم الجهاد في سبيل الله»[٢] فهذا تنصيص على تقديم بر الوالدين على الجهاد، والمعنى أن الجهاد فرض عام ينوب البعض فيه عن البعض، وطاعة الوالدين وبرهما فرض خاص لا ينوب البعض فيه عن البعض، ولا شك أن الاشتغال بالفرض الخاص الذي لا ينوب البعض فيه عن البعض

(١) أخرجه مسلم في الطلاق حديث ١٤٨٠، وأبو داود في الطلاق حديث ٢٢٧٤، والنسائي في النكاح حديث ٣٢٤٥.
(٢) أخرجه البخاري في التوحيد حديث ٧٥٣٤، ومسلم في الإيمان حديث ٨٥.

أولى من الاشتغال بالفرض العام الذي ينوب عنه فيه غيره، وهذا استحسان أن يخرج بغير إذنهما.

ولو أراد أن يخرج من بلدة إلى بلدة للتجارة أو للتفقه، وكان الطريق آمناً لا يخاف عليه الهلاك، فله أن يخرج من غير إذنهما قياساً واستحساناً.

وجه القياس: أن الجهاد قبل النفير العام إما أن يعتبر فرض كفاية أو يعتبر تطوعاً، فإن اعتبرناه تطوعاً، للولد إقامة التطوعات بحق الصلاة والصوم بغير إذن الوالدين، وإن اعتبرناه فرض كفاية، فكذلك للولد إقامة ما هو فرض كفاية بغير إذن الوالدين كصلاة الجنازة ورد السلام وما أشبهه.

وجه الاستحسان في ذلك ما روينا وما روي أن رجلاً قال لرسول الله عليه السلام: إني أريد الجهاد فقال له: «ألك أم»؟ فقال: نعم، فقال له: «الزم أمك، فإن الجنة عند رجل أمك»(١) يحتمل أن تكون الرواية بالجيم رجل أمك، ويحتمل أن تكون الرواية بالحاء رحل أمك، وروي أن رجلاً جاء إلى النبي عليه السلام وقال: جئت أجاهد معك، وتركت والديَّ يبكيان، فقال: «اذهب فأضحكهما كما أبكيتهما»(٢) وقال عليه السلام: «ليعمل البار ما شاء فلن يدخل النار، وليعمل العاق ما شاء فلن يدخل الجنة»(٣) وقال عليه السلام: «من أصبح ووالداه راضيان عنه، فله بابان مفتوحان إلى الجنة»(٤) فتركنا القياس في الجهاد بهذه الآثار، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره والنص الوارد لاشتراط إذن الوالدين في حق الجهاد قبل مجيء النفير عاماً، وفي الخروج إلى الجهاد إفجاعهما وإلحاق المشقة بهم لما يخافان عليه من الهلاك بالقتل في الجهاد، لا يعتبر وارداً دلالة في صلاة الجنازة وردِّ السلام ولا في غيرهما من التطوعات، وهما لا يخافان عليه بسبب إقامة هذه العبادات، وإذا لم يعتبر وارداً فيهما دلالة رد صلاة الجنازة ورد السلام إلى مما يقتضيه القياس، ولا يعتبر وارداً أيضاً؛ لأنه بعد مجيء النفير العام؛ لأن الجهاد، حال مجيء النفير العام فرض عين في حق من قدر على الجهاد حتى لو تركه مع القدرة أثم، كما لو ترك الصلاة المفروضة والصوم المفروض، وقبل النفير العام الجهاد فرض كفاية حتى لو ترك مع القدرة لم يأثم كما لو ترك سائر التطوعات، وفرض العين فوق فرض الكفاية، فالنص الوارد باشتراط الإذن قبل النفير العام لا يصير وارداً بعد النفير العام؛ لأن النص يدل على مثله وعلى ما دونه، ولا يدل على ما فوقه، فرد هذه الحالة وهو ما بعد مجيء النفير العام إلى ما يقتضيه القياس، ولأن النفير إذا كان عاماً فكل واحد

---

(١) أخرجه بنحوه أحمد في المسند ٣/ ٤٢٩، والطبراني في المعجم الكبير ٢/ ٣٢٥، ٤/ ٣٧١، والزبيدي في إتحاف السادة المتقين ٦/ ٣٢٢.

(٢) أخرجه أبو داود في الجهاد باب ٣١، والنسائي في البيعة باب ١٠، وابن ماجه في الجهاد باب ١٢، وأحمد في المسند ٢/ ١٦٠، ١٩٤، ١٩٨، ٢٠٤.

(٣) أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ٤٥٥٢٨.

(٤) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان ٦/ ٢٠٦.

من المسلمين مقصود بالقتل، فكان للولد الدفع عن نفسه بغير إذن الوالدين وإن كان في خروجه إفجاعهما، وإلحاق المشقة بهما؛ لأن الولد مضطر في ذلك، وصار كما لو قصد إنسان قتل الولد كان له دفعه عن نفسه بغير إذن الوالدين، فطريقه ما قلنا، فكذلك هذا بخلاف ما إذا لم يصر النفير عاماً؛ لأنه بالخروج إلى الجهاد لا يدفع القتل عن نفسه؛ لأن القتل لم يتجه عليه لا حقيقة ولا اعتباراً، فلا يضطر الولد في هذه الحالة إلى تفجيعهما وإدخال المشقة عليهما، وقد يمنع الولد من تفجيع الأبوين، ولهذا لا يقاد الوالد بقتل الولد، ولا يحبس بدينه ولا يحد حدَّ القذف بقذف الابن لما فيه من تفجيعهما، وإدخال المشقة عليهما، فلا يجوز له تفجيعهما بالخروج إلى الجهاد من غير ضرورة.

وإذا خرج للتجارة أو للتفقه بفقه يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى، وهكذا الجواب في العبد لا يخرج إلى الجهاد بغير إذن المولى إلا أن يقع النفير عاماً، والنص الوارد في الولد يكون وارداً في العبد دلالة، وذلك؛ لأن حق السيد في عبده أكثر من حق الوالدين في ولدهما؛ لأن للسيد حقيقة ملك في عبده، وليس للوالدين حقيقة ملك في رقبة ولدهما، ولا حق ملك وإنما لهما حق ملك في كسب ولدهما، وكما منع الولد من تفجيع والديه منع العبد من تفجيع مولاه حتى لا يقاد السيد بعبده كما لا يقاد الوالد بولده، فصار الجواب في العبد كالجواب فيما بين الولد والوالدين.

فإن قيل: الولد إنما كان له الخروج بغير إذن والديه إذا جاء النفير عاماً؛ لأن منافع الولد غير مملوك للوالدين، فأما منافع العبد مملوك فهذا إنما يقاتل بملك غيره فلا يحل إلا بإذن صاحب المال. قلنا: نعم يقاتل العبد بمنافع مملوك للمولى بغير إذنه، إلا أن القتال بملك الغير بغير إذنه حالة الضرورة مباح، فيباح للعبد ذلك بغير إذن المولى.

وإن كان له أبوان، وقد أذنا له بالخروج إلى الجهاد كان له الخروج؛ لأنه إنما منع من الخروج لحقهما، فإذا أذنا له بالخروج إلى الجهاد فقد زال المانع من الخروج فزال المنع، وكان كالعبد لا يخرج إلى الجهاد بغير إذن مولاه، وإذا أذن له مولاه بالخروج كان له الخروج؛ لأن المانع [٩٩أ/ ٢] من الخروج قد زال، فكذلك هذا.

وإن أذن له أحدهما، ولم يأذن له الآخر، فإنه لا يخرج؛ لأنه كان ممنوعاً من الخروج لحق كل واحد من الأبوين، فإذا أذن له أحدهما في الخروج إلى الجهاد، ولم يأذن الآخر، فالمانع من الخروج لم يزل بعد فيبقى المنع، وكان كعبد بين شريكين أذن له أحدهما في الخروج إلى الجهاد، ولم يأذن له المولى الآخر، لا يباح له الخروج؛ لأنه كان ممنوعاً عن الخروج لحق كل واحد من المولين، فإذا أذن له أحدهما، ولم يأذن الآخر لم يزل المانع فيبقى المنع، والوالدان في سعة من أن . . . .[1] إذا كان يدخلهما من ذلك مشقة شديدة؛ لأنهما يحملانه على ما هو الأقوى في حقه، وهو برهما، ثم إن

(١) بياض بالأصل.

كره الوالدان أو أحدهما خروجه إلى الجهاد لا فرق بين أن يخاف ضيعة عليهما، بأن كانا معسرين، وكان نفقتهما عليه، أو لا يخاف عليهما الضيعة متى خرج بأن كانا موسرين، ولم تكن نفقتهما عليه، فإنه لا يباح له الخروج في الحالين استحساناً؛ لأنه منع من الخروج قبل إذنهما شرعاً لما يلحقهما من التفجيع بما يخافان عليه من القتل، وهذا المعنى لا يوجب الفصل، بينما إذا كان يخاف الضيعة عليهما أو لا يخاف فهو عليهما.

هذا الذي ذكره كله إذا كان أبواه مسلمين، فأما إذا كان أبواه كافرين، أو أحدهما فاستأذنهما في الخروج إلى الجهاد فكرها له ذلك، أو كره الكافر منهما هل له أن يخرج؟ قال: فلينظر في ذلك، يريد بقوله: فلينظر في ذلك، أي فليتحر في ذلك، فإن وقع تحريه على أنه إنما كرها خروجه لما يلحقهما من التفجيع والمشقة لأجل ما يخافان عليه من القتل، فإنه لا يخرج؛ لأنه كما منع الولد عن إلحاق التفجيع لوالديه إذا كانا مسلمين، منع من إلحاق التفجيع بهما إذا كانا كافرين، ألا ترى أن الوالد المسلم كما لا يقاد بولده المسلم، لا يقاد بوالده الكافر، وكما لا يحبس الوالد المسلم بدين ولده المسلم، لا يحبس الوالد الكافر بدين ولده المسلم، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] والوالد الكافر في هذا والمسلم سواء.

فأما إذا وقع تحريه على أنه إنما كرها خروجه للجهاد كراهة أن يقاتل مع أهل دينه وملته لا لما يلحقهما من التفجيع والمشقة لأجل ما يخافان عليه من قتله كان له الخروج بغير إذنهما؛ لأنهما نهياه عن مقاتلة أهل الكفر، والنهي عن مقاتلة أهل الكفر معصية، ولا يجب طاعة المخلوق في معصية الخالق، قال الله تعالى: ﴿وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا﴾، وقال عليه السلام: «لا طاعة للمخلوق في معصية الخالق»[1] فكان له أن يخرج بغير إذنهما إلا أن يخاف الضيعة عليهما، فإذا خاف الضيعة عليهما لا يسعه الخروج؛ لأن صيانتهما عن الضياع فرض عليه عيناً بحيث لا يسعه تركهما وإن كانا كافرين، ألا ترى أنه يلزمه نفقتهما صيانة لهما عن الضياع، والقتال مع الكفرة قبل النفير عاماً مما لا يسعه فإنه مخير في هذه الحالة بين أن يخرج وبين أن لا يخرج، ولا شك أن الاشتغال بما لا يسع تركه أولى من الاشتغال بما يسع تركه.

ولم يذكر محمد رحمه الله في «الكتاب» أنه إذا تحرى، ولم يقع تحريه على شيء بل شك في ذلك، ولم يترجح أحد الظنين على الآخر أنهما كرها خروجه لما لا يلحقهما من التفجيع والمشقة لأجل ما يخافان عليه من قتله أو كرها خروجه لما فيه من القتال مع أهل دينهما، قالوا: وعلى ما ذكر محمد رحمه الله في «السير» في باب طاعة الوالي، يجب أن لا يخرج، فقد ذكر في باب طاعة الوالي أن الأمير إذا أمر الجند بشيء وشكوا أنهم ينتفعون به أو يتضررون به وتساوى الظنان، قال: عليهم أن يطيعوا الأمير ولا يسعهم

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ١/١٣١، ٤٠٩، ٥/٦٦، وابن أبي شيبة في المصنف ١٢/٥٤٦، والسيوطي في الدر المنثور ٢/١٧٧.

خلافه؛ لأن طاعة الأمير واجب عليهم بيقين ووقع الشك في سقوطه، فلا يسقط عنه بالشك، كذا طاعة الولد للوالدين فيما يأمرانه واجبة عليه بيقين ووقع الشك في سقوطه فلا يسقط بالشك، فإن كرها خروجه لكراهة قتاله مع أهل دينه، ولأجل المشقة عليه أيضاً لم يخرج لوجود المعنى المانع عن الخروج، وهو الخوف والمشقة عليه.

وإن كان له أبوان مسلمان أو كافران، وأذنا له في الخروج، وله جدان وجدتان؛ فكرها خروجه فليخرج، ولا يلتفت إلى كراهة الجدين والجدتين حال قيام الأبوين؛ لأن الأجداد والجدات حال قيام الأبوين ألحقوا شرعاً بالأخوة والأخوات ولم يلحقوا بالأبوين، ألا ترى أن الجد لا يلي على حافده لا في النفس ولا في المال حال قيام الأب، ولا يكون للجدة حق الحضانة حال قيام الأم، كما لا يكون للأخت .....[1] بالأخ والأخت حال قيام الأبوين، فكما لا يعتبر كراهة الإخوة والأخوات في الخروج إلى الجهاد بعد وجود إذن الأبوين لا يعتبر كراهة الجد والجدة حال قيام الأبوين بعد وجود الإذن منهما.

فأما إذا كان الأبوان ميتين، وكان له جد من قبل الأب وجدة من قبل الأم أم الأم، لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن الجد بعد موت الأب بمنزلة الأب لا بمنزلة الأخ، ألا ترى أنه في حق الولاية على حافده قائم مقام الأب، فكذا في حق الإذن بالجهاد، والجدة أم الأم بعد موت الأم بعد موت الأم قامت مقام الأم في حق الحضانة، فكذا في حق الإذن بالجهاد تقوم مقام الأم، وإذا قاما مقام الأبوين لم يخرج إلا بإذنهما، كما لا يخرج إلا بإذن الأبوين.

وإن كان له جدان؛ أحدهما من قبل الأب والآخر من قبل الأم أب الأم، وجدتان إحداهما من قبل الأم أم الأم، والأخرى من قبل الأب أم الأب، فالإذن إلى أب الأب وإلى أم الأم، ولا عبرة للآخرين، ألا ترىٰ أن الآخرين صارا محجوبين بأب الأب، وأم الأم في حق الولاية والحضانة بالأخ والأخت لا بالأبوين، كذا في حق الإذن يصيران محجوبين بهما، ويلحقان بالأخ والأخت، فيعتبر إذن أب الأب، وأم الأم وكذا ههنا لهذا، فإن لم يأذن له اللذان ذكرنا وهو الجد من قبل الأب، والجدة من قبل الأم، وأذن له الآخران، قال محمد في «الكتاب»: لا يعجبني أن يخرج، وكان المقام أحب إلي من الخروج، فلم تثبت الكراهة ههنا لحق الجد من قبل الأب، والجدة من قبل الأم، ولكن جعل المقام أحب من الخروج.

وفيما إذا كان له أبوان وجدان وجدتان، فلم يأذن له الأبوان، وأذن له الجدان [٩٩ب/ ٢] والجدتان أثبت الكراهة، فقال: لا ينبغي أن يخرج، وإنما فعل هكذا؛ لأن الأبوين أقرب من الجدود والجدات، ولارتفاع درجة الأبوين أثبت الكراهة إذا لم يأذنا له في الخروج، ولانحطاط درجة الأجداد والجدات لم تثبت الكراهة إذا لم يأذن له الجد من قبل الأب، والجدة من قبل الأم بعد وجود الإذن من الجد من قبل الأم.

---

(١) بياض بالأصل.

فإن لم يكن له جدة من قبل الأم أب الأم، فإنه لا يخرج للجهاد إلا بإذنهما، وإن أذن له أحدهما، ولم يأذن له الآخر، فإنه لا يخرج، علل محمد رحمه الله في «الكتاب» وقال: لأنهما بمنزلة الوالدين إذا لم يكن له والدين يريد بذلك والله أعلم أن أم الأب حال عدم الأم، والجدة من قبل الأم بمنزلة الأم، وليست بمنزلة الأخت في حق الحضانة حتى كانت أم الأب أولى بالحضانة حال عدم الأم، والجدة من قبل الأم . . .[1] من الأخت؛ فكذا في حق الإذن في الجهاد تكون بمنزلة الأم، ولم تكن بمنزلة الأخت، ولا يخرج إلى الجهاد بغير إذن الأم، فكذا لا يخرج بغير إذن أم الأم، والجد من قبل الأم أب الأم حال عدم الأب، والجد من قبل الأب إن لم يكن بمنزلة الأب في حق الولاية عليه بالنفس والمال، فهو بمنزلة الأب لا بمنزلة الأخ في حق الحبس حتى لا يحبس أب الأم بدين وجب لولد البنت عليه، ولا يقتص بقصاص وجب لولد البنت عليه، ولو قذف ولد البنت فإنه لا يحد حد القذف، فكان في هذه الأحكام بمنزلة الأب لا بمنزلة الأخ، فكذا في حق الإذن بالجهاد.

فإن كان له جد من قبل أب وأم، ولم يكن له أب، فإنه لا يخرج إلا بإذن الأم، وإذن الجد؛ لأن الجد من قبل الأب حال عدم الأب بمنزلة الأب في حق الولاية حتى كانت الولاية إلى الجد من قبل الأب في حق النفس والمال جميعاً حال عدم الأب، فلا يخرج إلا بإذنهما، كما لا يخرج إلا بإذن الأبوين.

وإن لم يكن له أم، وكانت له جدة من قبل الأم، وجدة من قبل الأب فأذنت له الجدة من قبل الأم، ولم تأذن له الجدة من قبل الأب فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجدة من قبل الأب حال قيام الجدة من قبل الأم بمنزلة الأخت في حق الحضانة والتربية حتى كان حق الحضانة إلى الجدة من قبل الأم، ولم يكن للجدة من قبل الأب كما لا يكون للأخت، فكذا في حق الإذن بالجهاد.

ولو كان له أم وأخت، فأذنت له الأم بالجهاد، ولم تأذن له الأخت كان له أن يخرج فكذا هذا.

فإن كانت له أم وجدات، فأذنت له الأم فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجدات حال قيام الأم بمنزلة الأخوات في حق الحضانة حتى لم يكن لهن حق الحضانة حال وجود الأم، كما لا يكون للأخوات، فكذا في حق الإذن بالجهاد قامت الجدات مع الأم مقام الأخوات.

وكذا إذا كان له أب وأجداد، فأذن له الأب فلا بأس بأن يخرج، ثم قال: وذلك؛ لأن الأجداد حال وجود الأب بمنزلة الإخوة لا بمنزلة الأب في حق الولاية والميراث، فكذا في حق الإذن في الجهاد.

قال: وكل سفر أراد الرجل أن يسافر غير الجهاد لتجارة أو لحج أو عمرة، فكره ذلك أبواه له أن يخرج بغير إذنهما، فهذا على وجهين: أما إن كان لا يخاف الضيعة

---

(١) بياض بالأصل.

عليهما، فإن كانا موسرين، ولم تكن نفقتهما عليه، أو كان يخاف الضيعة عليهما بأن كانا معسرين، وكانت نفقتهما عليه، وكان السفر سفراً يخاف على الولد الهلاك فيه؛ كركوب السفينة في البحر، وكاجتياز البادية ماشياً في الحر الشديد، أو كان سفراً لا يخاف على الولد الهلاك فيه، فإن كان يخاف الضيعة عليهما، فإنه لا يخرج بغير إذنهما سواء كان السفر سفراً يخاف على الولد الهلاك فيه، أو لا يخاف، وذلك؛ لأن صيانتهما عن الهلاك بالإنفاق عليهما فرض عليه حتى يجبر على ذلك، والخروج للتجارة وللكسب مباح، والخروج للعمرة تطوّع، وللحج إن كان حجة الإسلام تطوع إذا لم يكن له مال يفي بالزاد والراحلة، ونفقة من يلزمه نفقته إلى أن يذهب إلى الحج ويجيء، وهنا ماله لا يفي بالكل حتى خاف الضياع عليهما فلا يفرض عليه الخروج للحج، ويكون بمنزلة حج التطوع، ولا يجوز الاشتغال بالتطوع والمباح، إذا تضمن ترك فرض.

فعلى هذا قالوا: لا يباح له الخروج للتفقه بغير إذن والديه إذا كان يخاف الضيعة عليهما، فأما إذا كان لا يخاف الضيعة عليهما متى خرج هل له أن يخرج بغير إذنهما؟ إن كان السفر سفراً لا يخاف على الولد الهلاك فيه كان له أن يخرج بغير إذنهما؛ لأن القياس أن يخرج في الجهاد بغير إذنهما لقوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] ولقوله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ﴾ [التوبة: ٢٩] إلا أنا تركنا القياس في الجهاد بالنص، والنص الوارد في الجهاد بخلاف القياس، وفيه تفجيعهما وإلحاق المشقة بهما، لأجل ما يخافان الهلاك على ولدهما في الجهاد يعتبر وارداً دلالة في سفر لا يخافان الهلاك عليه، فيرد هذا إلى ما يقتضيه القياس، ولأن الخروج للتجارة خروج للتكسب، ولا بد للولد من التكسب لإصلاح معيشته، فإنه متى ترك ذلك ربما يحوجه ذلك إلى ما فيه مذلة، وهو السؤال من غيره من الناس، أو يلقيه في المهالك بأن يوقعه في السرقة، ألا ترى أن له الخروج إلى ضيعته للزراعة، وإلى سوقه للتجارة وإن لم يأذنا فيه كذا ههنا.

وإن كان سفراً يخاف عليه الهلاك، فإنه لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأنه إذا كان سفراً يخاف عليه الهلاك كان بمنزلة الجهاد، ولا يخرج في الجهاد إلا بإذنهما، فكذلك هذا، وكذا الجواب فيما إذا خرج للتفقه إلى بلدة أخرى إن كان لا يخاف عليه الهلاك بسبب هذا الخروج كان بمنزلة السفر للتجارة، وإن كان يخاف عليه الهلاك كان بمنزلة الجهاد، و هذا إذا خرج للتجارة إلى مصر من أمصار المسلمين، فأما إذا خرج للتجارة إلى أرض العدو بأمان فكرها خروجه، فإن كان أمراً لا يخاف عليه منه وكانوا قوماً يوفون بالعهد ويعرفون بذلك [١٠٠أ/ ٢] وله في ذلك منفعة فلا بأس بأن يعصيهما؛ لأن أرض الحرب والحالة هذه من حيث الأمن بمنزلة أرض الإسلام، فكان الخروج إليها للتجارة، والخروج إلى مصر من أمصار المسلمين سواء، وإن كان يخرج في تجارة إلى أرض العدو ومع عسكر من عساكر المسلمين، فكره ذلك أبواه أو أحدهما، فإن كان ذلك العسكر عسكراً عظيماً مثل أهل الصائفة ونحوهم لا يخاف عليهم من العدو عليه أكثر الرأي، فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجيش إذا كان عظيماً، فالظاهر أنهم ينتصرون وينتصفون من

عدوهم، ولا يضيع من كان معهم فلا بأس بأن يخرج معهم، ويكون الخروج للتجارة إلى أرض العدو معهم والخروج إلى مصر من أمصار المسلمين سواء. وإن كان يخاف على أهل العسكر من العدو بغالب الرأي كان بمنزلة الجهاد فلا يخرج بغير إذنهما، وكذلك إذا كانت سرية أو جريدة جند ونحوها، فإنه لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن الغالب هو الهلاك في السرايا، فكان بمنزلة الجهاد، هذا الذي ذكرنا في الوالدين والأجداد والجدات.

فأما من سواهم من ذي الرحم المحرم كبناته وبنيه، وإخوته وعماته وأخواله وخالاته، وكل ذي رحم محرم منهم إذا كرهوا خروجه للجهاد، وكان يشق ذلك عليهم هل له أن يخرج بغير إذنهم؟ إن كان يخاف عليهم الضيعة بأن كان نفقتهم عليه، بأن لم يكن لهم مال، وكانوا صغاراً أو صغائر، أو كن كبائر إلا أنه لا أزواج لهن، أو كانوا كباراً زمنى لا حرفة لهم، فإنه لا يخرج بغير إذنهم لما ذكرنا في الوالدين، وإن كان لا يخاف عليهم الضيعة بأن لم تكن نفقتهم عليه، بأن كان لهم مال، أو لم يكن لهم مال إلا أنهم كبار أصحاء، أو كبار لهن أزواج، كان له أن يخرج بغير إذنهم؛ لأن القياس في الوالدين أن يخرج بغير إذنهما، إلا أنَّا تركنا القياس في الوالدين بالأثر بخلاف القياس، والنص الوارد في الوالدين بخلاف القياس، ولهما من الحرمة ما ليس لغيرهما من ذي الرحم المحرم حتى لم يحبسوا بدين أولادهم، ولم يقتصوا بقتل أولادهم، ولم يحدوا حد القذف لأولادهم، لا يعتبر وارداً دلالة فيما عدا الوالدين من ذي الرحم المحرم، وليس لهم هذه الحرمة، فيردون إلى ما يقتضيه القياس.

وأما امرأته إن كان يخاف الضيعة عليها، فإنه لا يخرج إلا بإذنها؛ لأن عليه نفقتها كما في الوالدين وغيرهما من ذي الرحم المحرم، وإن كان لا يخاف عليها الضيعة كان له الخروج بغير إذنها. وإن شق ذلك عليها، وترك القياس في الوالدين لا يوجب ترك القياس في المرأة، وليس للمرأة من الحرمة ما للوالدين.

قال محمد رحمه الله: إذا جاء النفير، فقيل لأهل مدينة أو مصر قريب من العدو، وقد جاء العدو يريدون أنفسكم وذراريكم وأموالكم، فلا بأس بأن يخرج الرجل بغير إذن والديه، وإن نهياه فلا بأس بأن يعصيهما إذا كان ممن يقدر على الجهاد، وقد ذكرنا هذا، وليس للوالدين أن ينهيا الولد عن الخروج في هذه الحالة؛ لأن القتال في هذه الحالة فرض عين، وليس لهما أن ينهيا الولد عما هو فرض عين، وهذا إذا كان بالولد قوة القتال أو يحصل بخروجه قوة للمسلمين.

فأما إذا لم يكن له قوة القتال ولا يحصل بخروجه قوة للمسلمين، فإنه لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن الجهاد بعد النفير العام إنما يفترض على القادر، أو على أن يحصل بخروجه قوة للمسلمين إن كان يقدر على القتال، ولا يجب على العاجز؛ لأن العجز مما يسقط الفرائض، فإذا كان لا يفترض عليه حالة العجز كان الجواب في حقه بعد مجيء النفير كالجواب في حق القادر قبل مجيء النفير العام كان لا يخرج القادر إلا بإذنهما، فكذلك هذا.

ثم الجهاد بعد مجيء النفير العام لا يفترض على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً

فرض عين وإن بلغهم النفير، وإنما يفترض فرض عين على من كان يقرب من العدو، وهم يقدرون على الجهاد، فأما على من وراءهم يبعد من العدو، فإنه يفرض عليه فرض كفاية لا فرض عين حتى يسعهم تركه إذا لم يحتج إليه، فأما إذا احتيج إليه بأن عجز من كان يقرب من العدو من المقاومة مع العدو، أو لم يعجزوا عن المقاومة إلا أنهم تكاسلوا ولم يجاهدوا، فإنه يفترض على من يليهم فرض عين كالصوم والصلاة ولا يسعهم تركه، ثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً، على هذا الترتيب والتدريج، ونظيره الصلاة على الميت، فإن من مات في ناحية من نواحي البلدة، فعلى جيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأسبابه، وليس على من كان يبعد على الميت أن يقوم بذلك، وإن كان الذي يبعد منه يعلم أن أهل المحلة يضيعون حقوقه، أو يعجزون عنه، فعلى الذين يبعدون منه أن يقوموا به، كذا ههنا.

ثم يستوي أن يكون عدلاً أو فاسقاً يقبل خبره في ذلك؛ لأن هذا خبر ينتشر ويشتهر في المسلمين في الحال، وكذا الجواب في منادي السلطان يقبل خبره عدلاً كان أو فاسقاً.

ثم استشهد في «الكتاب» لإيضاح ما تقدم فقال: ألا ترى أن رجلاً لو قطع الطريق على رجل ليأخذ ماله، أو ليقتله، أو أراد امرأة ليفجر بها، وقد حضر ذلك رجل يظن أن به قوة عليه أو أنه ينتصف منه، لم يسعه إلا أن يمنع المظلوم ممن يريد الظلم عليه، وإن كان مع الرجل الذي يريد أن يعينه أبواه فنهياه عن ذلك، فليس ينبغي له أن يطيعهما، ولا يسعهما أن يمنعاه إلا أن يكون به قوة عليه، فإن كان كذلك فليطعهما، وإنما ينبغي طاعة الوالدين في التطوع الذي يسع تركه، فنفاذ برهما أفضل من الجهاد التطوع، فإذا جاءت الفريضة والأمر الذي لا يسع الرجل فيه إلا أن . . .[1] لم يلتفت في هذا إلى طاعة الوالدين، وكانت طاعة الله تعالى أحقّ أن يؤخذ بها من طاعة الوالدين.

ولا تسافر المرأة من غير محرم ثلاثة أيام فما فوقها، واختلفت الروايات فيما دون ذلك، قال أبو يوسف: أكره لها أن تسافر يوماً بغير محرم، وهكذا روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال الفقيه أبو جعفر: اتفقت الروايات في الثلاث، فأما ما دون ذلك [١٠٠ب/ ٢] قال الفقيه أبو جعفر: هو أهون من ذلك، وقال حماد: لا بأس للمرأة أن تسافر بغير محرم مع الصالحين، والصبي والمعتوه ليسا بمحرمين، والكبير الذي يعقل محرم.

الفصل التاسع والعشرون
في القرض ما يكره من ذلك، وما لا يكره

ذكر محمد رحمه الله في كتاب الصرف عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه كان يكره كل قرض فيه جر منفعة، قال الكرخي: هذا إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد، وذلك

(١) بياض بالأصل.

بأن أقرضه غلته ليرد غلته صحاحاً أو ما أشبه ذلك، وإن لم يكن مشروطاً فأعطاه المستقرض أجود مما عليه فلا بأس به، وكذلك إذا أقرض رجلاً دراهم أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعاً بثمن غالٍ فهو مكروه، وإن لم يكن شراء المتاع مشروطاً في القرض، ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض متاعاً بثمن غالٍ، فعلى قول الكرخي لا بأس به، وذكر الخصاف في «كتابه»، وقال: ما أحب له ذلك، وذكر شمس الأئمة الحلواني أنه حرام؛ لأن هذا قرض جر منفعة؛ لأنه يقول: لو لم أشتره منه طالبني بالقرض في الحال.

وذكر محمد رحمه الله في كتاب الصرف: أن السلف كانوا يكرهون ذلك، إلا أن الخصاف لم يذكر الكراهة، إنما قال: ما أحب له ذلك، فهو قريب من الكراهة، ولكنه دون الكراهة، ومحمد رحمه الله لم يرَ بذلك بأساً، فإنه قال في كتاب الصرف: المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئاً لا بأس به من غير فصل، فهذا دليل على أنه رفض قول السلف، قال شيخ الإسلام: ما نقل عن السلف فذاك محمول على ما إذا كانت المنفعة وهو شراء المتاع في مسألتنا بثمن غال مشروط في الاستقراض، وذلك مكروه بلا خلاف، وما ذكر محمد رحمه الله محمول على ما إذا لم تكن المنفعة وهي الإهداء مشروطة في القرض، وذلك لا يكره بلا خلاف، هذا إذا تقدم الإقراض على البيع.

فأما إذا تقدم البيع على الإقراض؛ وصورة ذلك: رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوباً قيمته عشرون ديناراً، بأربعين ديناراً، ثم أقرضه ستين ديناراً على صار للمقرض على المستقرض مائة دينار، وحصل للمستقرض ثمانون ديناراً، ذكر الخصاف رحمه الله: أن هذا جائز، وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ، فإنه روي أنه كان له سلع، فكان إذا استقرض إنسان منه شيئاً كان يبيعه أولاً سلعة بثمن غالٍ، ثم يقرضه بعض الدنانير إلى تمام حاجته.

وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون: هذا قرض جر منفعة، فإنه لولا ذلك القرض كان لا يتحمل المستقرض غلاء ثمن الثوب، فكان قرضاً جر منفعة، ومن المشايخ من قال: إن كانا في مجلس واحد يكره، وإن كانا في مجلسين مختلفين لا بأس به؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة، فكأنهما واحد من المنفعة المشروطة في القرض، وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف، وبقول محمد بن سلمة، ويقول: هذا ليس بقرض جر منفعة، هذا بيع جر منفعة وهو القرض.

الفصل الثلاثون
في ملاقاة الملوك، والتواضع لهم، وتقبيل أيديهم، أو يد غيرهم، وتقبيل الرجل وجه غيره، وما يتصل بذلك

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: من قبل الأرض بين يدي السلطان أو أمير، أو سجد له، فإن كان على وجه التحية لا يكفر، ولكن يصير آثماً مرتكباً الكبيرة، أما لا

يكفر؛ لأن السجدة على وجه التحية نفسها ليس بكفر، ألا ترى أن السجدة لغير الله تعالى على سبيل التحية كانت مباحة في الابتداء، والكفر لم يبح في زمان، والدليل على صحة ما قلنا أن الله تعالى أمر الملائكة بسجدة آدم عليه السلام، ولا يجوز أن يكون الكفر مأموراً به.

ثم تكلم العلماء أن سجدة الملائكة كانت لمن؟ بعضهم قالوا: كانت لله تعالى، ولكن التوجه إلى آدم كان تشريفاً وتكريماً لآدم، ألا ترى أنه تستقبل الكعبة في الصلاة، والصلاة تكون لله تعالى، والتوجه إلى الكعبة لتشريف الكعبة، كذا ههنا، وقال بعضهم: لا بل كانت السجدة لآدم على وجه التحية والإكرام له، ثم نسخ ذلك بقوله عليه السلام: «لو أمرت أحداً أن يسجد لأحد، لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»(١) أما الإثم فلأنه ارتكب ما هو محرم ومنهي عنه، وارتكاب المحرم يوجب الإثم.

والدليل على صحة ما قلنا مسألة ذكرها في «واقعات الناطفي».

وصورتها: إذا قال أهل الحرب لمسلم: اسجد للملك وإلا قتلناك، فالأفضل له أن لا يسجد؛ لأن هذا كفر صورة، والأفضل للإنسان أن لا يأتي بما هو كفر صورة إن كان في حالة الإكراه، وإن أراد أن يسجد بنية التحية فالأفضل له أن يسجد؛ لأن هذا ليس بكفر، فهذه المسألة تؤيد ما ذكرنا فيمن سجد للسلطان على وجه التحية أنه لا يكفر، هذا إذا سجد بنية التحية، وإن سجد بنية العادة للسلطان أو لم تحضره النية، فقد كفر هذا هو الكلام في السجدة.

جئنا إلى الانحناء للسلطان أو لغيره، وإنه مكروه؛ لأنه تشبه بفعل المجوس.

وأما الكلام في تقبيل اليد، فإن قدم يد نفسه لغيره فهو مكروه؛ لأن ذلك من فعل الفساق، وإن قبل يد غيره، أو قبل يد عالم أو سلطان عادل لعلمه وعدله لا بأس به، هكذا ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»، وقد صح أن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أخذ بركاب زيد بن ثابت رضي الله عنه، فقال زيد: مهلاً يا ابن عم رسول الله، فقال عبد الله: هكذا كنا نصنع بعلمائنا من أكابر أصحاب رسول الله، فلما استوى زيد بن ثابت على بغلته، فقال لابن عباس: ناولني يدك فناوله، فقبل زيد يده، وقال: هكذا نصنع بأهل بيت رسول الله عليه السلام، فهذا يدلك على أنه لا بأس بتقبيل يد غيره لعلمه أو شرفه، وقد حكي عن سفيان أنه سمى تقبيل يد العالم، والسلطان العادل سنة، فقال له عبد الله بن المبارك: ومن يحسن هذا غيرك.

وإن قبل يد غير العالم، وغير السلطان العادل أراد به تعظيم المسلم وإكرامه فلا بأس به، وإن أراد به عبادة له أو يسأل منه شيئاً من عرض الدنيا فهو مكروه، وكان الصدر الشهيد يفتي بالكراهة في هذا الفصل من غير تفصيل، وعن علي الرازي أنه قال: كنا

---

(١) أخرجه الترمذي في الرضاع حديث ١١٥٩، وابن ماجه في النكاح حديث ١٨٥٢، والدارمي في الصلاة حديث ١٤٦٤.

ندخل على المأمون ونقبل يده، وبشر يقول: هذا فسق.

وأما الكلام في تقبيل الوجه؛ حكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه قال: لا بأس بأن يقبل الرجل الرجل إذا كان فقيهاً [١٠١أ/ ٢] أو عالماً أو زاهداً، يريد بذلك إعزاز الدين، فقد صح أن رسول الله ﷺ قبل بين عيني عمران بن مطعوم بعد موته(١)، وقبل أبو بكر رضي الله عنه جبهة رسول الله ﷺ بعد موته(٢)، وذكر في «الجامع الصغير»: ويكره أن يقبل الرجل وجه آخر أو جبهته أو رأسه.

رجل يختلف إلى رجل من أهل الباطل والشر ليدفع ظلمه وشره عن نفسه، فإن كان هذا الرجل مشهوراً ممن يقتدى به يكره؛ لأنه إذا كان يختلف إليه يظن أنه يرضى بأمره، فكان فيه مذلة أهل الحق، وإن لم يكن مشهوراً يقتدى به لا بأس به إن شاء الله تعالى؛ لأنه عري عن هذا المعنى.

رجل يدعوه الأمير فيسأله عن أشياء، فإن تكلم بما يوافق الحق يناله المكروه، لا ينبغي أن يتكلم بخلاف الحق، لقوله عليه السلام: «من تكلم عند ظالم بما يرضيه بغير حق، يغير الله تعالى قلب الطالب عليه، ويسلطه عليه»(٣) وهذا إذا لم يخف القتل أو تلف بعض جسده، أو أخذ ماله، فإن خاف ذلك لا بأس بذلك؛ لأنه مكره عليه معنى.

الفصل الحادي والثلاثون
في الانتفاع بالأشياء المشتركة

ذكر في وديعة «العيون» و«الواقعات»: الأرض أو الكرم إذا كان بين حاضر وغائب، أو بين بالغ ويتيم أن الحاضر أو البالغ يرفع الأمر إلى القاضي، ولو لم يرفع الأمر إلى القاضي ففي الأرض يزرع بحصته ويطيب له وفي الكرم يقوم عليه، فإذا أدركت الثمرة يبيعها ويأخذ حصته، ويوقف حصة الغائب وسع له ذلك إن شاء الله تعالى، فإذا قدم الغائب؛ فإن شاء ضمنه القيمة، وإن شاء أجازه، وذكر عن محمد رحمه الله في موضع آخر؛ لو أن الشريك أخذ حصته من الثمرة وأكلها جاز له، ويبيع نصيب الغائب ويحفظ ثمنه، فإن حضر صاحبه وأجاز فعله يجيزه، وإلا ضمنه قيمته، وإن لم يحضر فهو كاللقطة يتصدق بها، قال الفقيه أبو الليث: وهذا استحسان وبه نأخذ.

قال: ولو أدى الخراج كان متطوعاً، وذكر محمد في شروط «الأصل» في الدار إذا كانت مشتركة، وأحد الشريكين غائب، فأراد الحاضر أن يسكنها إنسان، أو يؤاجرها

---

(١) كذا بالأصل: قبل بين عيني عمران بن مطعوم، والصحيح: عثمان بن مظعون، والحديث أخرجه الترمذي في الجنائز باب ١٤، وابن ماجه في الجنائز باب ٧، وأحمد في المسند ٦/ ٤٣، ٥٥، ٢٠٦.

(٢) أخرجه البخاري في الجنائز باب ٨٣، والطب باب ٢١، والترمذي في الجنائز باب ١٤، والنسائي في الجنائز حديث ١٨٣٩، وابن ماجه في الجنائز باب ٧، وأحمد في المسند ٦/ ٥٥.

(٣) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

إنساناً، قال: فيما بينه وبين الله تعالى فلا ينبغي له ذلك؛ لأنه يتصرف في نصيبه ونصيب شريكه، والتصرف في ملك الغير حرام حقاً لله تعالى، وحقاً لصاحب الملك، وفي القضاء لا يمنع من ذلك؛ لأن الإنسان لا يمنع عن التصرف فيما بيده إذا لم ينازعه أحد، فإن أجر وأخذ الأجر ينظر إلى حصة نصيب شريكه من الأجر، ويرد ذلك عليه إن قدر، وإلا يتصدق؛ لأنه تمكن فيه خبث لحق شريكه، وكان كالغاصب إذا أجر، وقبض الأجر يتصدق أو يرده على المغصوب منه، أما ما يخص نصيبه يطيب له؛ لأنه لا خبث فيه، هذا إذا أسكن غيره.

فأما إذا سكن بنفسه وشريكه غائب، والقياس أن لا يكون له ذلك فيما بينه وبين الله كما لو أسكن غيره، وفي الاستحسان: له ذلك؛ لأن له أن يسكن الدار من غير إذن صاحبه حال حضرة صاحبه؛ لأنه يتعذر الاستئذان في كل مرة، وعلى هذا أمر الدور فيما بين الناس، فكان له أن يسكن حال غيبته، فأما ليس له إسكان غيره حال حضرة صاحبه بغير إذنه فكذا حال غيبته، وإلى هذا المعنى أشار محمد رحمه الله في «الكتاب»، فقال: هكذا عامة الدور.

وفي «العيون»: لو أن داراً غير مقسومة بين رجلين غاب أحدهما، وسع الحاضر أن يسكن بقدر حصته فيسكن الدار كلها، وكذا خادم بين رجلين غاب أحدهما، فللحاضر أن يستخدم الخادم بحصته، وفي الدابة لا يركبها الحاضر؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب؛ أما لا يتفاوتون في السكنى واستخدام الخادم، فيتضرر الغائب بركوب الدابة، ولا يتضرر بالاستخدام والسكنى. في «إجازات النوازل» عن محمد بن مقاتل: أن للحاضر أن يسكن الدار قدر نصيبه، وعن محمد رحمه الله: أن للحاضر أن يسكن جميع الدار إذا خاف على الدار الخراب إن لم يسكنها.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الأرض: أنه ليس للحاضر أن يزرع بقدر حصته، وفي الدار له أن يسكنها. وفي «نوادر هشام» له ذلك في الوجهين.

فإن أراد الرجل إحداث ظلة في طريق العامة ولا ضرر بالعامة، فالصحيح من مذهب أبي حنيفة: أن لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الطرح، وقال محمد: له حق المنع من الإحداث وليس له حق الطرح، فإن كان يضر ذلك بالمسلمين، فلكل واحد من آحاد المسلمين حق الطرح والرفع، وإن أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة لا يعتبر فيه الضرر، وعدم الضرر عندنا بل يعتبر فيه الإذن من الشركاء.

وهل يباح إحداث الظلة على طريق العامة؟ ذكر أبو جعفر الطحاوي أنه يباح، ولا يأثم قبل أن يخاصمه أحد، وبعدما خاصمه لا يباح الإحداث، ولا يباح الانتفاع ويأثم بترك الظلة، وقال أبو يوسف ومحمد: يباح له الانتفاع إذا كان لا يضر ذلك بالعامة.

وفي «المنتقى» قال: إذا أراد أن يبني كنيفاً أو ظلة على طريق العامة، فإني أمنعه من ذلك، وإن بنى ثم اختصموا نظرت في ذلك، فإن كان فيه ضرر أمرته أن يقلع، وإن لم

يكن فيه ضرر تركته على حاله، وقال محمد: إذا أخرج الكنيف، ولم يدخله في داره، ولم يكن فيه ضرر تركته، وإذا أدخله داره منع عنه؛ لأنه إذا أدخله داره، فالبينة على الذي يخاصم أنه من الطريق.

وقال في رجل له ظلة في سكة غير نافذة، فليس لأصحاب السكة أن يهدموها إذا لم يعلم كيف كان أثرها، وإن علم أنه بناها على السكة هدمت، ولو كانت السكة نافذة هدمت في الوجهين جميعاً، وقال أبو يوسف: إن كان ضرراً هدمتها وما لا فلا.

والحاصل أن ما كان على طريق العامة إذا لم يعرف حالها على قول محمد تجعل حديثة حتى كان للإمام رفعها، وما كان في سكة غير نافذة إذا لم يعلم حالها تجعل قديمة حتى لا يكون لأحد رفعها، قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وتأويل هذا في سكة غير نافذة أن تكون داراً مشتركة بين قوم، أو أرضاً مشتركة بينهم بنوا فيها مساكن وحجراً ورفعوا بينهم طريقاً حتى يكون الطريق ملكاً لهم، فأما إذا كانت السكة في الأصل . . .[1] بأن يبنوا داراً ويتركون هذا الطريق للمرور، فالجواب فيه كالجواب في طريق العامة؛ لأن هذا الطريق بقي على ملك العامة، ألا ترى [١٠١ب/ ٢] أن لهم أن يدخلوا هذه السكة عند الزحام، وحكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني أنه كان يقول في حد السكة الخاصة أن يكون فيها قوم يحصون، أما إذا كان فيها [قوم] لا يحصون فهي سكة عامة، والحكم فيها نظير الحكم في طريق العامة.

الفصل الثاني والثلاثون
في المتفرقات

رجل له امرأة لا تصلي يطلقها، حتى لا تصحب امرأة لا تصلي، فإن لم يكن له ما يعطي مهرها فالأولى أن يطلقها، قال الإمام أبو حفص الكبير رحمه الله صاحب محمد بن الحسن رحمة الله عليه: إن لقي الله تعالى ومهرها في ذمته أحب إلي من أن يطأ امرأة لا تصلي.

غمز الأعضاء في الحمام من غير ضرورة مكروه في «فتاوى أهل سمرقند»، قال الفقيه أبو جعفر: سمعت الشيخ أبا بكر يقول: لا بأس بأن يغمز الرجل الرجل إلى الساق، ويكره أن يغمز الفخذ ويلمسه من وراء ثوب أو غيره، قال الفقيه أبو جعفر: ونحن نبيح هذا، ولا بأس به، قال الفقيه أبو جعفر: وكان الشيخ أبو بكر يقول: يغمز الرجل رجل والديه، ولا يغمز فخذ والديه.

من أمسك حراماً لأجل غيره كالخمر ونحوه إن أمسك لمن يعتقد حرمته كالخمر يمسكه للمسلم لا يكره، وإن أمسك لمن يعتقد إباحته كما لو أمسك الخمر للكافر يكره.

---

(١) بياض بالأصل.

سئل الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه عن قوم أرادوا الخروج على سلطانهم بجوره، هل يحل لهم ذلك؟ فأجاب، وقال: إن كانوا اثنا عشر ألفاً كلمتهم واحدة وسعهم ذلك، وإن كانوا أقل من اثني عشر ألفاً لا يسعهم ذلك، وكان يستدل بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لن يغلب اثنا عشر ألفاً عن قلة كلمتهم واحدة»[١]، ونقول إن رسول الله ﷺ أخبر ووعد أن اثني عشر ألفاً لا يغلبون إذا كانت كلمتهم واحدة، ووعد النبي عليه السلام حق، وإذا كانوا لا يغلبون بوعد النبي عليه السلام، والخروج على السلطان لدفع جوره لا يكون سعياً إلى إهلاك أنفسهم فيسعهم ذلك، وإذا كانوا أقل من اثني عشر ألفاً لم يتيقن بغلبتهم، فلو خرجوا ولم يغلبوا يقصدهم السلطان الجائر بالأذى فكانوا ساعين في إهلاك أنفسهم، فلا يسعهم ذلك.

سئل الفقيه أبو بكر عن قراءة القرآن أهو أفضل للمنفعة أو دراسة الفقه؟ قال: حكي عن الفقيه أبي مطيع أنه قال: النظر في كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام ليلة.

في آخر «النوازل»، وعن أبي عاصم أنه قال: طلب الأحاديث حرفة المفاليس، يعني به إذا طلب الحديث، ولم يطلب فقهه.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: يكره الجلوس في المسجد في المصيبة ثلاثة أيام، وفي غير المسجد جاءت الرخصة ثلاثة أيام للرجال، وتركه أحسن.

وفي «النوازل»: لا بأس أن يتخذ في المسجد بيت يوضع فيه البواري لتعامل الناس، وفي كراهية «واقعات الناطفي»: ويكره الوضوء في المسجد إلا أن يكون فيه موضع اتخذ لذلك، ولا يصلى فيه، وفي «القدوري»: كره أبو حنيفة وأبو يوسف الوضوء في المسجد، وقال محمد: لا بأس به إذا لم يكن عليه قذر، وفي «النوازل»: رجل مرَّ في مسجد ويتخذ منه طريقاً، فإن كان بعذر يجوز، وإن كان بغير عذر لا يجوز، ثم إذا جاز يصلي في اليوم مرة واحدة تحية المسجد، ولا يصلي أكثر من ذلك؛ لأن فيه حرج، وإذا تعلق بثياب المصلي بعض . . .[٢] في المسجد من البواري والحشيش فأخرجه، فليس عليه أن يرجعه إلى المسجد إذا لم يتعمد ذلك؛ لأن ما في المسجد يخرجه خادمه عيسى، فإذا وقع خارج المسجد لا تجب الإعادة إلى المسجد.

رجل مات وأجلس ولداه على قبره رجلاً يقرأ القرآن؟ تكلموا فيه؛ بعضهم قالوا: يكره، وبعضهم قالوا: لا يكره، والمسألة في الحقيقة بناءاً على أن قراءة القرآن في المقبرة هل تكره؟ والمختار أنه لا تكره، وهل ينفع الميت؟ تكلموا فيه، والأشبه أنه ينفع؛ لأن الأخبار وردت بقراءة آية الكرسي، وسورة الفاتحة، وسورة الإخلاص وغير ذلك، وحكي عن الفقيه أبي بكر الفياض أنه أوصى موصى عند موته بذلك.

وفي «نوادر هشام» قال: سمعت أبا يوسف يقول: رجل اشترى ثوباً بعشرة دراهم، وأرجع له دانقاً، قال: لا يقبله حتى يقول: أنت في حل أو هو لك.

---

(١) أخرجه في جامع المسانيد ٢/ ٢٦٤.

(٢) بياض بالأصل.

سئل محمد بن المقاتل عن رجل سرق الماء، وساقه إلى أرضه وكرمه أنه يطيب له ما خرج بمنزلة رجل غصب شعيراً أو تبناً، وسمن به دابته، فإنه يجب عليه مثل ما غصب، وما زاد في الدابة يطيب له، قال الفقيه أبو الليث: وقد حكي عن بعض الزاهدين أن الماء وقع في كرمه في غير نوبته، فأمر بقطع كرمه، ونحن لا نقول بقطع كرمه؛ لأن فيه إفساد المال، ولكن لو تصدق بنزله كان حسناً أما لا يجب عليه التصدق في الحكم.

سئل الفقيه عن رجل زرع أرض رجل بغير إذنه، فلم يعلم صاحب الزرع حتى استحصد الزرع، فعلم ورضي به، هل يطيب للزارع الزرع؟ قال: نعم، قيل له: فإن قال: لا أرضى، ثم قال: رضيت، هل يطيب له؟ قال: يطيب له أيضاً، قال الفقيه أبو الليث: وهذا استحسان وبه نأخذ.

اختلف العلماء في كراهية تعليق الجرس على الدواب، فمنهم من قال بكراهيته في الأسفار كلها الغزو وغيره في ذلك سواء، وهذا القائل يقول بكراهيته في الحضر، كما يقول بكراهيته في السفر، ويقول أيضاً بكراهية اتخاذ الخلاخل في رجل الصغير، والمعنى في ذلك: أن الشيطان يستأنس ويتلهى بصوته، كما يستأنس ويتلهى بصوت المزامير، وقال محمد في «السير الكبير»: إنما يكره اتخاذ الجرس للغزاة في دار الحرب، وهو المذهب عند علمائنا أن تعليق الجرس على الدواب إنما يكره في دار الحرب؛ لأن العدو يشعر بمكان المسلمين، فإن كان بالمسلمين قلة يتبادرون إليهم فيقتلونهم، فإن كان بهم كثرة، والكفار يتحرزون عنهم ويتحصنون، فعلى هذا قالوا: إذا كان الراكب في المفازة في دار الإسلام ويخافون من اللصوص يكره لهم تعليق الجرس على الدواب أيضاً حتى لا يشعر بهم اللصوص، فلا يستعدون لقتلهم وأخذ أموالهم، والذي ذكرنا في الجواب في الجرس، فهو الجواب في الخلال، قال محمد رحمه الله في «السير»: فأما ما كان في دار الإسلام فيه منفعة لصاحب الراحلة فلا بأس به، قال: في الجرس منفعة جمة منها؛ إذا ضلّ واحد من القافلة يلتحق بها بصوت الجرس، ومنها أن صوت الجرس يبعد هوام الليل عن القافلة كالذئب وغيره، ومنها أن صوت الجرس يزيد في نشاط الدواب، وهو نظير الحدو، فإنه جوّز؛ لأنه يزيد في نشاط الدواب.

اختلف الناس في ضرب الدف في العرس قال بعضهم: لا بأس لما روي عن عائشة رضي الله عنها [١٠٢أ/٢] أن رسول الله ﷺ قال: «أعلنوا النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف»(١) وقال محمد بن سيرين: نبئت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان إذا سمع صوتاً أنكره سأل عنه، فإن قالوا: عرس أو ختان أقره، وقال بعضهم: يكره لقوله عليه السلام: «كل لهو المؤمن باطل إلا ثلاث؛ تأديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله»(٢) قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: الدف الذي يضرب في زماننا هذا مع الصنجات والخلاخلات ينبغي أن يكون مكروهاً، وإنما الخلاف في الذي كان يضرب في الزمن المتقدم.

---

(١) أخرجه الترمذي في النكاح حديث ١٠٨٩ (٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٧٣.

قال محمد في «الجامع الصغير»: مسلم باع خمراً، وأخذ ثمنه، وعلى بائع الخمر دين لرجل كره لصاحب الدين أن يقتضي دينه من ذلك، وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به، والوجه في ذلك أن الخمر ليست بمتقومة في حق المسلم، فلم يجز بيعه، و لم يملك ثمنها لا بالعقد ولا بالقبض، بل بقي الثمن على ملك مشتري الخمر، فإذا أخذ صاحب الدين ذلك فقد أخذ ملك المشتري بغير إذنه فلا يجوز، فأما الخمر متقوم في حق الذمي فجاز بيعه، وملك ثمنها، فلو أخذ صاحب الدين ذلك فقد أخذ ملك البائع بأمره فيجوز.

ولا ينبغي أن يتصدق على السائل في المسجد الجامع؛ لأنه إعانة لهم على أذى الناس، وقد قال خلف بن أيوب: لو كنت قاضياً لم أقبل شهادة من يتصدق في المسجد الجامع، وقال الفقيه أبو بكر بن إسماعيل الواهب بفلس يحتاج إلى سبعين فليساً ليصير كفارة له.

الصبرة إذا أصاب طرف منها نجاسة، ولا يعلم ذلك بعينه يعزل منها قفيزاً أو قفزين فعل ذلك، أو أزال ذلك عن ملكه ببيع أو هبة يحكم بطهارة ما بقي من الصبرة لجواز أن المعزول هو الذي أصابته النجاسة، فلا يقضىٰ بنجاسة ما بقي، وقد عرفناه مباح التناول، فلا تثبت الحرمة بالشك.

ولا رواية عن أصحابنا في هذه المسألة، ومشايخنا استخرجوها . . .(١) من في «السير»، وصورتها: أن رجلاً من أهل الذمة دخل حصناً من حصون أهل الحرب قد حاصره المسلمون، ثم إن المسلمين فتحوا الحصن، وأخذوا الرجال، وعلموا يقيناً أن الذمي فيهم، إلا أنهم لا يعرفونه بعينه، وكل واحد منهم يدعي أنه الذمي، فإنه لا يحل للمسلمين قتلهم، ولو قتل واحد من أهل الحصن بعدما دخل فيه الذمي أو مات، أو خرج واحد منهم، فإنه يحل للمسلمين قتلهم؛ لأنه بعدما مات واحد منهم أو قتل أو خرج من الحصن لم يتيقن أن فيهم من هو محرم القتل، لجواز أن محرم القتل قتل أو مات أو خرج، وقد عرفناهم مباح الدم في الأصل، فلا تثبت الحرمة بالشك.

صبي يسمع الأحاديث، وهو لا يفهم، ثم كبر؛ يجوز له أن يروي عن المحدث، وإذا قرىء صك على صبي وهو لا يفهم، ثم كبر لا يجوز له أن يشهد، ألا ترى أن البالغ إذا قرىء عليه صك وهو لا يفهم ما فيه لا يجوز له أن يشهد بما فيه، ولو سمع الأحاديث ولم يفهم معناه جاز له أن يروي.

تعلم علم الكلام والنظر فيه وراء قدر الحاجة منهي.

وتعلم علم النجوم قدر ما يعرف القبلة، ومواقيت الصلاة لا بأس به، وفيما عدا ذلك فهو حرام.

التمويه في المناظرة والحيلة فيها هل يحل أن يتكلمه متعلم مسترشد أو غيره على الإنصاف بلا تعنت لا يحل، وإن كان يكلمه من يدخل . . .(١) ويريد أن يطرحه يحل، بل

(١) بياض بالأصل.

يحتال كل حيلة لدفعه عن نفسه؛ لأن دفع . . . .[1] مشروع بأي طريق يكون الدفع.

قال هشام في «نوادره»: رأيت على أبي يوسف نعلين مخصوفتين بمسامير إلى زيد[2] قلت له: أترى بهذا الحديث بأساً، فقال: لا، فقلت: إن سفيان وثور بن يزيد كرها ذلك؛ لأنه تشبه بالرهبان، فقال أبو يوسف: كان رسول الله ﷺ يلبس النعال التي بها شعر، وإنها من لباس الرهبان، فقد أشار إلى أن صورة المشابهة فيما يتعلق به صلاح العبد لا يضر، وقد تعلق بهذا النوع من الأحكام صلاح العباد، فإن من الأراضي ما لا يمكن قطع المسافة البعيدة فيها إلا بهذا النوع من الأحكام.

قال في «الجامع الصغير»: ويكره هذه الخرقة التي تحمل، ويمسح بها العرق، وهكذا ذكر في «القدوري»، من أصحابنا من قال: الكراهة في الخرقة التي لها قيمة؛ لأن إعداد ما له قيمة لإزالة العرق فيه تضييع لماله، ومنهم من قال بالكراهة على كل حال، وإطلاق لفظ «الكتاب» دل عليه، وإنما كره؛ لأنه بدعة محدثة لم يفعلها النبي عليه الصلاة والسلام، ولا الصحابة والتابعون رضي الله عنهم، وإنما كانوا يمسحون العرق بأطراف أثوابهم، ولأن فيه ضرب من التكبر وتشبه بزي الأعاجم، وكذلك الخرقة التي يمخط بها مكروهة، والخرقة التي يمسح بها الوضوء محدثة، ومنهم من طعن في ذلك لتوارث المسلمين ذلك، والحاصل أن من فعل شيئاً من ذلك تكبراً فهو مكروه وبدعة، ومن فعل ذلك لحاجة لا يكره، وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء قد يفعل الرجل نحوه تكبراً فيكره، وقد يفعله لحاجة فلا يكره، وحكي عن الحاكم الإمام أنه كان يكره استعمال الكواغد في وليمة ليمسح بها الأصابع، وكان يشدد فيه، ويزجر عنه زجراً بليغاً، ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه خاتماً أو خيطاً للحاجة إلى التذكر، فقد صح أن رسول الله ﷺ أمر بعض أصحابه بذلك.

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: ولا ينتفع من الخنزير بجلده ولا بغيره إلا الشعر للأساكفة، وقال أبو يوسف: يكره بالشعر أيضاً، وقول أبي حنيفة أظهر؛ لأن حاجة الأساكفة إلى شعرها حاجة ماسة إذ غيرها لا يقوم مقامها في إقامة مصلحة الخرز.

قال الفقيه أبو الليث: قد رخص بعض الناس أن يشرب الرجل قائماً، وكرهه بعضهم إلا من عذر وبه نقول.

التضحية بالديك أو بالدجاج في أيام التضحية ممن لا أضحية عليه لعسرته تشبهاً بالمضحين مكروه، ذكره الشيخ الإمام الزاهد الصفار في كتاب «بيان التوحيد» بالفارسية، وقال: هذا من رسم المجوس، روى نصر بن يحيى بإسناد له عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه ليس للعالم من بيت المال نصيب؛ لأنه وارث الأنبياء، وقد قال الله تعالى في حق الأنبياء: ﴿قُل لَّآ أَسْـَٔلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا ٱلْمَوَدَّةَ فِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الشورى: ٢٣] وقال تعالى: ﴿إِنْ

(١) بياض بالأصل.
(٢) كذا العبارة في الأصل، ولعل هناك سقط، وقد يكون: فذهبت إلى زيد. والله أعلم.

﴿أَجْرِيَ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ﴾ [يونس: ٧٢] قال: والقراء لهم نصيب من بيت المال.

المرأة في بيت زوجها، والأمة في بيت مولاها لا تطعم ولا تتصدق بالطعام المدخر كالحنطة ودقيقها، فأما بغير المدخر من الطعام تتصدق على ....[١]، وإن لم يأذن الزوج والمولى بذلك صريحاً، ويكون ذلك إذن المولى والزوج [١٠٢ب/٢] باعتبار العرف والعادة.

الحطب إذا وجد في نهر جار جاز أخذه والانتفاع، وإن كانت له قيمة وقت الأخذ.

الأب إذا احتاج إلى مال ولده، فإن كان في المصر واحتاج لفقره أكل بغير شيء، وإن كان في السفر واحتاج لعدم الطعام لا لفقره، بل هو موسر أكله بالقيمة، وحد اليسار ههنا أن لا تحل له الصدقة.

قال محمد رحمه الله: ويفترض على الناس إطعام المحتاج في الوقت الذي يعجز عن الخروج والطلب، وهذه المسألة تشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: أن المحتاج إذا عجز عن الخروج يفترض على كل من يعلم حاله أن يطعمه بمقدار ما يتقوى به على الخروج وأداء العبادات، إذا كان قادراً على ذلك حتى إذا مات ولم يعطه أحد ممن يعلم بحاله اشتركوا جميعاً في المأثم، والأصل فيه قوله عليه السلام: «ما آمن بالله من بات شبعان وجاره إلى جنبه طاو»[٢] وقال عليه السلام: «أيما رجل مات ضياعاً بين قوم أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله وذمة رسوله»[٣] وكذلك إذا لم يكن عند من يعلم بحاله ما يعطيه، ولكنه قادر على أن يخرج إلى الناس ويخبرهم بحاله فيواسوه، يفترض عليه ذلك، فإن امتنعوا من ذلك حتى مات اشتركوا في المأثم، ولكن إذا قام به البعض سقط عن الباقين.

الفصل الثاني: إذا كان المحتاج قادراً على الخروج، ولكن لا يقدر على الكسب، فعليه أن يخرج، ومن يعلم بحاله فإن كان عليه شيء من الواجبات فليرده إليه حتماً وإن كان المحتاج يقدر على الكسب فعليه أن يكتسب، ولا يحل له أن يسأل.

الفصل الثالث: إذا كان المحتاج عاجزاً عن الكسب، ولكنه قادر على أن يخرج ويطوف على الأبواب، فإنه يفترض عليه ذلك، حتى إذا لم يفعل ذلك وقد هلك كان آثماً عند الله؛ وهذا لأن السؤال في حق من هو قادر على الكسب لا يحل ثم قال: المعطي أفضل من الآخذ، وهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون المعطي مؤدياً للواجب، والآخذ قادراً على الكسب ولكنه محتاج، فههنا المعطي أفضل بالاتفاق، ولأنه في الإعطاء يؤدي الفرض، والآخذ متبرع في الأخذ، فإن له أن لا يأخذ ويكتسب، ولا شك أن درجة المفترض أعلى من درجة المتبرع.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٦/ ١٦٤.

(٣) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

والثاني: أن يكون المعطي والآخذ كل واحد منهما شرع، أما المعطي فظاهر، وأما الآخذ بأن يكون قادراً على الكسب، وفي هذا الوجه المعطي أفضل؛ لأن العبادات مشروعة بطريق الابتلاء، ومعنى الابتلاء في الإعطاء أظهر؛ لأن الابتلاء في العمل الذي لا تميل إليه النفس، والنفس تميل إلى الأخذ، ولا تميل إلى الإعطاء.

والثالث: أن يكون المعطي متبرعاً، والآخذ مفترضاً بأن كان عاجزاً عن الكسب، وفي هذا الوجه المعطي أفضل عند أهل الفقه، وقال أهل الحديث؛ أحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه الآخذ أفضل ههنا.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف: إذا كان بالرجل يتلفه ذلك مثل الغدة في العين وغيره، أو كان به حجر فأراد استخراجه، ويخاف منه الموت قال: إن فعل أحد ونجا فلا بأس بأن يفعل.

لا بأس بالاستخبار عن الأخبار المحدثة في البلدة هو المختار لما فيه من المصلحة.

الغني إن أكل مما يتصدق به على الفقراء؛ إن أباح له الفقير ففي حل التناول اختلاف المشايخ، وإن ملكه من الغني لا بأس به بدليل حديث بريرة: «هي لها صدقة ولنا هدية»[1].

باع الجيران في الحضر أو الرفقة السفر متاع الميت الذي لا وارث له معه، ليصرفوه إلى تجهيزه وتكفينه ودفنه، فلهم ذلك.

في وديعة «العيون» وحكي عن نصر بن يحيى قال: سمعت أبا سليمان الجرجاني، قال: مات غريب عند محمد بن الحسن، فباع محمد بن الحسن كتبه، قال نصير: قلت لأبي سليمان: أكان محمد يومئذٍ قاضياً؟ قال: لا، وحكي أنه مات رقيق لوكيع بن الجراح في سفره، فباع وكيع متاعه وكتبه، وقرأ هذه الآية: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه قال في ميت في مسجده جمع أهل المحلة دراهم ليشتروا له بها كفناً فاشتروا له الكفن، وكفنوا به، وفضل من الدراهم فضلة، فإن كان ذلك الميت من قرابتهم أو من جيرانهم؛ قاموا بتكفينه لحق الصحبة أو القرابة، فإن ما فضل من المال ردّ عليهم، فإن لم يعرف مال كل واحد منهم فهو منهم جميعاً، وإن لم يردوا عليهم رد على ورثته، وإن لم يرد على ورثته فأحب إليّ أن يصرف إلى ميت فقير من أهل تلك المحلة، فيصرف ذلك إلى كفنه، وإن لم يكن بينهم وبين الميت وراثة ولا كان في جيرانهم وإنما هو غريب نزله الموت فيهم، أو أخرج فوضع عندهم ليكفنوه رأيت أن يصرف ما فضل من الدراهم إلى كفن ميت آخر محتاج.

التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلطة، ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»: أن بعض المشايخ رخصوا في ذلك، واختيار الصدر الشهيد الكبير حسام الدين رحمه الله أنه

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

يفتى بعدم الجواز، فإن بالغ المستفتي يكتب في الفتوى الرأي في ذلك للقاضي، وللرجل أن يدخل الدار التي آجرها، ويسلمها إلى المستأجر لينظر حالها ويرم ما استمر وبإذن المستأجر وبغير إذنه عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة لا يدخل إلا بإذن المستأجر.

في سرقة «الأصل:» امرأة لها أب زمن، وليس للأب من يقوم عليه غير الابنة، والزوج يمنعها من تعاهد الأب، جاز لها أن تعصي الزوج، وتطيع الأب مسلماً كان الأب أو كافرا.

في نكاح «فتاوى أبي الليث» ابن السبيل: إذا تصدق عليه، ثم وصل إلى ماله، والصدقة قائمة لا بأس بأن يتناول من تلك الصدقة، وكذلك الفقير إذا تصدق عليه ثم استغنى، والصدقة قائمة لا بأس بأن يتناول من تلك الصدقة.

لا يجوز حمل تراب ربض المصر؛ لأنه حصن، فكان حق الجماعة، فإن انهدم شيء من الربض ولا يحتاج إليه لا بأس بحمله.

في «فتاوى أبي الليث»: الكرع مكروه، ذكر في فوائد الفقيه أبي جعفر لأمر النبي عليه السلام.

حكي عن إبراهيم النخعي: أن المصحف يورث، وهو للقارىء من الورثة، والمذهب عندنا أنه يورث كسائر الأموال.

سئل الفقيه أبو جعفر عن قوم قرؤوا قراءة ورد وكبروا بعد ذلك جهراً، قال: إن أرادوا بذلك الشكر لا بأس به، قال: وإن كبروا بعد الصلاة على أثر الصلاة فإنه يكره وإنه بدعه، وإذا كبروا في الرباطات لا يكره إذا أرادوا به إظهار القوة [١٠٣أ/ ٢] والموضع موضع الخوف، وإذا كبروا في مساجد الرباطات، ولم يكن الموضع مخوفاً يكره.

قال الفقيه أبو جعفر: سمعت شيخي أبا بكر يقول: سئل إبراهيم النخعي عن تكبير أيام التشريق على الأسواق والجهر بها، قال: ذلك تكبير الحوكة، وعن أبي يوسف: أنه يجوز، قال الفقيه: وأنا لا أمنعهم عن ذلك.

لا غيبة لمن يضر الناس يداً ولساناً، قال عليه السلام: «اذكروا الفاجر بما فيه يحذره الناس»(١) روي عن محمد بن الحسن أنه قال في تأويل هذا الحديث: مراد النبي عليه السلام أن يكون قصد الذاكر النصيحة حتى لا يتضرر به أحد، وفي هذه الصورة لا إثم عليه، بل على الذاكر، فإذا أكن في صدره أنفة وهتك ستره صار غيبة، وقال عليه السلام: «الغيبة أشد من الزنا.

قال الفقيه أبو نصر: إذا عرض بسط بحر عام لا يضر بالمارة فذلك مباح له، ولمن شاء من المسلمين أن يأخذه برفع ذلك، وإن جعله وقفاً صار وقفاً، فأما على مذهب

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

أصحابنا ليس له ذلك، وحكي أن محمد بن سلمة كان يدني دكاناً على ما به وارثاً البتة، فقيل للشيخ أبي نصر تقول ما به؟ قال: لا أبعده عن الصواب،.

وحكي عن أبي نصر أنه قال: كل شيء حازه الإنسان يملكه، كالطعام والماء الذي يحوزه بكوزه، فإن المضطر يقابله بما دون السلاح، وأما في ماء البئر وما أشبهه، فإنه يقابله بالسلاح، وغير السلاح.

وعن أبي يوسف في الرجل إذا طين جدار داره، وأشغل هواء المسلمين، فالقياس: أن لا ينقض ذلك، وفي الاستحسان: لا ينقض ويترك على حاله، وروي عن النصر بن محمد المروزي صاحب أبي حنيفة: أنه كان إذا أراد أن يطين داره نحو السكة، حد منه ثم طينه كيلا يأخذ شيئاً من الهواء.

سئل نصر بن يحيى عن الجذع إذا كان خارجاً من السكة أو متعلقاً بجدار الشريك، فأراد أن ينقض أو يقطع قال: إن كانت السكة نافذة فله أن ينقض، وإذا أراد نقضه لا يؤمر ببنائه، وليس لصاحب الجذع حق القرار، وإن كانت السكة غير نافذة، فإن كان قديماً فلصاحبه حق القرار، وليس للشريك حق النقض، ولو نقض يؤمر بالبناء ثانياً، وإن كان محدثاً فلصاحبه حق النقض، وإذا نقض لا يؤمر بالبناء ثانياً.

غزل الرجل إذا كان على هيئة غزل المرأة يكره.

في صوم شمس الأئمة الحلواني، تنحنح المؤذن عند الأذان والإقامة مكروه.

في «فتاوى أهل سمرقند» يكره أن يتخذ شيئاً من القرآن حتماً لشيء من الصلوات لا يتجاوز عنه إلى غيره، هكذا ذكر في كراهية «شرح الطحاوي»، قال ثمة: وهذا إذا اعتقد أن غيره لا يجوز، أما إذا لم يعتقد ذلك وعرف أن غيره يجوز، ولكن هذا أيسر عليه، أو قرأه تبركاً بقراءة رسول الله عليه السلام لا يكره.

وتكره الإشارة إلى الهلال عند رؤيتها.

في «فتاوى سمرقند» قال: وفي هذا الموضع أيضاً: إذا وجد في المقبرة طريقاً لا بأس أن يمشي فيه إذا لم يقع في قلبه أنه محدث.

رجل أخذ من رجل شيئاً وهرب ودخل في داره لا بأس للمأخوذ منه أن يتبعه، ويدخل داره ويأخذ؛ لأنه موضع الضرورة.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله تعالى؛ إذا رفع طيناً أو تراباً من طريق المسلمين ففي أيام الأوحال جاز، بل هو أولى، وفي غير أيام الأوحال إن لم يصر كالأرض، وكذلك وإن كان كالأرض، واحتاج الرافع إلى قلعه؛ لا يسعه ذلك إن كان فيه مضرة بالمارة، وفي هذا الموضع أيضاً: أهل قرية ابتلوا بالدياسة بالخمر فلا بأس به.

رجل مشى في الطريق، وكان في الطريق ماء فلم يجد مسلكاً إلا أرض إنسان فلا بأس بالمشي فيه؛ لأن فيه ضرورة، وذكر في «فتاوى أهل سمرقند»: المرور في أرض الغير على التفصيل؛ إن كان لأرض الغير حائط وحائل لا يمر فيها؛ لأن ذلك دليل عدم الرضا من صاحب الأرض بالمرور فيها، وإن لم يكن هناك حائط فلا بأس بالمرور فيها،

فالحاصل أن المعتبر في هذا الباب عادات الناس.

وفي «واقعات الناطفي»: نهر لرجل في أرض رجل، أراد صاحب النهر أن يدخل الأرض ليعالج نهره ليس له ذلك؛ لأن الأرض ملك الغير، ولكن ينبغي أن يمشي في بطن النهر، وإن كان النهر ضيقاً لا يمكنه المشي في بطنه؛ لا يدخل في الأرض أيضاً، قيل: هذا الجواب على قول أبي حنيفة؛ لأنه لا حريم للنهر عنده، وأما على قولهما للنهر حريم فله أن يمر على الحريم، وقيل: ما ذكر قول الكل، وتأويل المسألة على قولهما أن صاحب النهر باع الحريم من صاحب الأرض.

القيلولة المستحبة هي القيلولة من . . . .[1] داس الحنطة وداس الشعير.

بساط أو مصلى كتب عليه في النسج الملك لله يكره بسطه، والقعود عليه واستعماله، فلو قطع حرف من حروفه وخيط على بعض الحروف حتى لم تبق الكلمة متصلة لا تسقط الكراهة؛ لأنه بقيت الحروف، وللحروف المفردة حرمة؛ لأن نظم القرآن وأخبار النبي عليه السلام بواسطة هذه الحروف، وقد روي أن واحداً من الأئمة رأى الشبان يرمون، وقد كان المكتوب على الهدف: أبو جهل لعنه الله، فمنعهم عن ذلك، ومضى بوجهه، ثم رجع، فوجدهم محوا اسم الله وكانوا يرمون كذلك، فقال: إنما أمنعكم لأجل الحروف.

قيل: الأعونة والسعادة والظلمة في أيام العمرة أفتى كثير من مشايخنا بإباحته، وقد حكي عن الشيخ الإمام الزاهد الصفار: أن الجصاص أورد في «أحكام القرآن» أن من ضرب الضرائب على الناس حل ذمته وكان السيد الإمام الأجل أبو شجاع السمرقندي يقول: يثاب قائلهم، وكان يفتي بكفر الأعونة، وكذلك القاضي الإمام عماد الدين بسمرقند يفتي بكفرهم ونحن لا نفتي بكفرهم.

إذا أدخل الرجل ذكره فم أمرأته فقد قيل: يكره؛ لأنه موضع قراءة القرآن، فلا يليق به إدخال الذكر فيه، وقد قيل بخلافه.

أيضاً السلطان إذا قال للخبازين: بيعوا عشرة أمناء من الخبز بدرهم ومن ينقص عن ذلك فعلت في حقه كذا وكذا، فاشترى رجل من الخباز عشرة أمناء من الخبز بدرهم، ولولا خوف السلطان، فالخباز لا يبيعه عشرة أمناء بدرهم لا يحل للمشتري أكله؛ لأن الخباز في معنى المكره على البيع، فإن أجاز البائع بعد ذلك من اختيار جاز، وحل للمشتري الأكل، فبيع المكره إذا لحقته الإجازة [١٠٣ب/ ٢] من البائع يخرج من أن يكون بمعنى مكره.

في عارية «الواقعات»: رجل أراد أن يستمد عن محبرة غيره فهذا على ثلاثة: أوجه: الأول أن يستأذنه، وفي هذا الوجه له أن يفعل ذلك إلا أن ينهاه، الثاني: أن يعلمه وفي هذا الوجه له ذلك أيضاً إذا لم ينهه؛ لأنه إذا لم ينهه فهو إذن له دلالة، الثالث: إذا

(١) بياض بالأصل.

لم يستأذنه ولم يعلمه، وإنه على وجهين: إن كان بينهما انبساط فله أن يفعل ذلك لمكان الإذن عرفاً، وإن لم يكن بينهما انبساط ليس له أن يفعل؛ لأنه في الإذن عرفاً تودُّد.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: طلبة العلم إذا كانوا في مجلس ومعهم محابر فكتب واحد من محبرة غيره بغير إذنه صريحاً لا بأس به؛ لأنه مأذون دلالة، فإنه لو استأذنه يثقل عليه.

وفيه أيضاً: استأجر كتاباً ليقرأه، فوجد في الكتاب خطأ إن علم أن صاحب الكتاب يكره إصلاحه لا ينبغي له أن يصلحه؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، وإن علم أنه لا يكره إصلاحه فإن أصلحه جاز؛ لأنه مأذون دلالة، وإن لم يصلحه فلا إثم عليه؛ لأن الصلاح ليس واجب عليه.

رجل في داره شجرة فرصاً وقد باع أغصانها، وإذا أبقاه المشتري اطلع على عورات الجيران، فقيل ينبغي للجيران أن يرفعوا الأمر إلى القاضي حتى يمنعه عن ذلك، والمختار أن يخبر المشتري الجيران وقت الإيفاء ليستروا أنفسهم، يفعل ذلك في كل يوم مرة أو مرتين؛ لأن هذا جمع بين الحقوق، فإن لم يفعل ذلك إلا أن يرفع الأمر إلى الحاكم، فإن رأى الحاكم المنع منعه.

شوك أو حشيش نبت على القبور؛ إن كان رطباً يكره قلعه، وإن كان يابساً لا يكره؛ لأنه ما دام رطباً يسبح، فربما يكون للميت أنس بتسبيحها، ولا كذلك اليابس منه.

ميت دفن في أرض غيره، فإن شاء رب الأرض أمر بإخراجه وإن شاء سوى القبر مع الأرض وزرع عليه، فله أن يستخلص الظاهر والباطن وحده.

رجل يعمل أعمال البر، ويقع في قلبه أنه ليس بمؤمن، إن وقع في قلبه . . . .[1] مؤمن . . . . .[1] أو أعماله لا تنفعه؛ لأنه عصى الله فهو مؤمن صالح، وإن وقع في قلبه أنه ليس بمؤمن ولم يعرف الله، واستقر قلبه على ذلك فهو كافر بالله، وإن خطر هذا بقلبه ووجد إنكار ذلك من نفسه فهو مؤمن؛ لأن التحرز عن هذا غير ممكن.

قيل: في الشفقة في الأولاد الشفقة عليهم إذا أراد الأب أن يأمر له بشيء أن يقول: «خوبت أبي بسر فلان كار بشور»؛ لأنه لو أمره ربما يعلمه الابن فيصير عاقاً، رجل أتى بفاحشة ثم تاب وأناب إلى الله لا ينبغي له أن يخبر الإمام بما صنع لإقامة الحد؛ لأن الستر مندوب.

---

(١) بياض بالأصل.

كتاب التحري

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:

١ ـ في مسائل الصلاة

٢ ـ في مسائل الزكاة

٣ ـ في التحري في الثياب والأواني والمساليخ والموتىٰ

٤ ـ في المتفرقات

الفصل الأول
في مسائل الصلاة

يجب أن يعلم بأن معرفة جهة الكعبة إما بدليل يدل عليها أو بالتحري عند انعدام الدلالة، فمن الدلائل؛ المحاريب المنصوبة في كل موضع؛ لأن ذلك باتفاق من الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم، فإن الصحابة فتحوا العراق، وجعلوا القبلة ما بين المشرق والمغرب، ثم فتحوا خراسان، وجعلوا القبلة ما بين المغربين؛ مغرب الشتاء ومغرب الصيف، وكانوا يصلون إليها، ولما ماتوا جعلت قبورهم إليها أيضاً من غير نكير أحد منهم، وكفى بإجماعهم حجة.

ومن الدليل السؤال في كل موضع؛ لأن أهل كل موضع أعرف بقبلتهم من غيرهم عادة، ومن الدليل النجوم أيضاً على ما حكي عن عبد الله بن المبارك أنه قال: إن أهل الكوفة يجعلون الجدي خلف القفا في استقبال القبلة، ونحن نجعل الجدي خلف الأذن اليمنى، وكان الشيخ الإمام الزاهد رئيس أهل السنة إمام الهدى أبو منصور الماتريدي رحمه الله يقول: السبيل في معرفة جهة القبلة أن ينظر إلى مغرب الشمس في أطول أيام السنة فيعينه، ثم ينظر إلى مغرب الشمس في أقصر أيام السنة فيعينه ثم يدع الثلثين على يمينه والثلث على يساره، فيكون مستقبلاً للجهة إذا وجد ذلك الموضع، وعند انقطاع هذه الأدلة فإصابة جهة القبلة بالتحري.

وجملة هذا الفصل على أربعة أوجه:

أحدها: إذا صلى إلى جهة من غير شك ولا تحر ولم يخطر بباله وقت التكبير أن هذه قبلة وليست بقبلة، وفي هذا الوجه إن علم أنه أصاب أو كان أكثر رأيه ذلك يجزئه؛ لأنه لو لم يعلم أنه أصاب أو لم يصب يجزئه؛ لأن الجواز أصل فيما يفعله المسلم العاقل، فلأن يجزئه إذا علم أنه أصاب أو كان أكثر رأيه ذلك كان أولى. وإن علم أنه أخطأ لا يجزئه؛ لأن الجواز في الوجه الأول بنوع ظاهر من حيث إن الجواز أصل فيما يفعله العاقل المسلم، وهذا نوع ظاهر، والثابت بالدليل فوق الثابت بالظاهر، وكذلك إذا كان أكثر الرأي أنه أخطأ؛ لأن أكثر الرأي أقيم مقام العلم في حق العمل، وهذا كله إذا علم أنه أصاب أو أخطأ بعد الفراغ من الصلاة.

فأما إذا علم في خلال الصلاة أنه أصاب القبلة أو كان أكثر رأيه، ذكر شيخ الإسلام في «شرحه» أنه لا يجوز ويلزمه الاستقبال، وذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرحه»: أن فيه اختلاف المشايخ، كان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل يقول: لا يجزئه ويلزمه الاستقبال؛ لأن ما ظهر من الحالة في الانتهاء فوق الحالة الماضية؛ لأن التوجه إلى القبلة في الحالة الماضية كان ثابتاً بظاهر الحال وبعدما علم أنه أصاب أو كان أكثر رأيه ذلك فالتوجه إلى القبلة ثابت بالدليل، ولا شك أن الثابت بالدليل فوق الثابت باستصحاب الحال، فإذا كان ما ظهر من الحالة في الانتهاء فوق الحالة

الأولى لم يمكنه بناء الباقي على ما مضى؛ لأن الأقوى لا يجوز أن يبنى على الأضعف، ألا ترى أن المؤمن إذا قدر على الركوع والسجود في خلال الصلاة والأمي إذا صار قادراً لا يبني، وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو بكر بن حامد يقول: يجزئه ولا يلزمه الاستقبال؛ لأن صلاته كانت صحيحة في الابتداء لانعدام الدليل المفسد فالتغيير لا تزداد القوة حكماً بخلاف ما بعد الشك؛ لأن هناك صلاته بنيت صحيحة إلا بالتيقن بالأصلية، فإذا شعر أنه أصاب فقد يقوى حاله حكماً فلزمه الاستقبال [١٠٤أ/ ٢].

أما ههنا بخلاف **الوجه الثاني** إذا اشتبهت عليه القبلة، فلم يتحر وصلى إلى جهة إن علم أنه أخطأ، أو أكثر رأيه ذلك أو لم يعلم أنه أخطأ أوأصاب لا يجزئه، وإن علم أنه أصاب بجهته هذا كله قبل الفراغ من الصلاة، أما إذا لم يعلم أنه أخطأ أو أصاب إنما لا يجزئه؛ لأن التحري افترض عليه حالة الاشتباه شرطاً لجواز الصلاة، فإذا ترك التحري فقد ترك شرطاً من شرائط جواز الصلاة فلا يجزئه كما لو ترك شرطاً آخر، وإذا ظهر الكلام فيما إذا لم يعلم أنه أخطأ أو أكثر رأيه ذلك من طريق الأولى.

فرق بين هذا وبين المسألة الأولى، فإن في المسألة الأولى: إذا لم يعلم أنه أصاب أو لم يصب، فإنه يجزئه ووجه الفرق: أن في المسألة الأولى لم يصر تاركاً شرطاً من شرائط جواز الصلاة؛ لأن التحري إنما يجب حالة الاشتباه، ولم يشتبه عليه أن القبلة في المسألة الأولى أما ههنا اشتبه عليه أمر القبلة، فافترض عليه التحري شرطاً لجواز الصلاة، فإذا ترك ذلك فقد ترك شرطاً من شرائط جواز الصلاة فإن قيل: لو كان تاركاً شرطاً من شرائط جواز الصلاة لكان لا يجزئه، وإن علم أنه أصاب كما لو تحرى ووقع تحريه على جهة فترك تلك الجهة وصلى إلى جهة أخرى. الجواب: التحري ما افترض لعينه وإنما افترض لغيره، وهو إصابة القبلة؛ لأن التحري طلب، والمقصود من الطلب المطلوب لا عين الطلب، فإذا علم أنه أصاب القبلة تبين أن التحري لم يكن فرضاً عليه؛ لأن ما افترض لغيره لا يبقى فرضاً متى حصل المقصود منه بدونه كالسعي إلى الجمعة لا يبقى فرضاً متى حصل المقصود بدونه؛ بخلاف ما لو تحرى ووقع تحريه على جهة فتوجه إلى جهة أخرى؛ لأن هناك لعينه؛ لأن التوجه إلى الجهة التي وقع عليها التحري افترض لعينه؛ لأن هذه الجهة صارت قبلة له بنص الكتاب كالكعبة حالة العيان، والتوجه إلى الكعبة حالة العيان فرض لعينه فكذا التوجه إلى الجهة التي أدى تحريه. ومن ترك من صلاته ما هو فرض لعينه لا تجوز صلاته، وإن أتى بشيء آخر، كما لو ترك ركوعاً وأتى بثلاث سجدات.

فأما إذا كان أكثر رأيه أنه أصاب، وكان ذلك بعد الفراغ من الصلاة هل يجزئه؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا في «الأصل»، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يجزئه؛ لأن أكثر الرأي أقيم مقام العلم، ولو علم أنه أصاب يجزئه، فكذا هنا.

الدليل عليه: أن محمداً رحمه الله سوى بين العلم وأكثر الرأي قبل الفراغ من الصلاة، فقال: لو كان أكثر رأيه أنه صلى إلى القبلة قبل الفراغ من الصلاة يلزمه

الاستقبال كما لو علم أنه صلى إلى القبلة، ومنهم من قال: لا يجزئه؛ لأن التحري لزمه بيقين، فلا يسقط إلا بيقين مثله، وغالب الرأي لا يوجب علم اليقين فلا يسقط به فرض التحري، وهذا بخلاف ما لو كان أكثر رأيه في الصلاة أنه أصاب، فإنه يلزمه الاستقبال كما لو علم يقيناً؛ لأن أكثر الرأي في الصلاة إما أن يلحق بالعلم أو بالجهل، وبأي ذلك ما ألحقنا يلزمه الاستقبال إن ألحقناه بالعلم، فلأن الحالة الثابتة أقوى من الحالة الماضية، فلا يمكنه البناء على الماضي، وإن ألحقناه بالجهل فلفساد الشروع فأما بعد الفراغ فالتحري كان فرضاً عليه بيقين، فلا يسقط عنه إلا بيقين مثله.

الوجه الثالث: إذا شك وتحرى وصلى إلى الجهة التي وقع التحري عليها، وفي هذا الوجه تجزئه صلاته، وإن علم أنه أخطأ القبلة، وقال الشافعي رحمه الله: لا تجزئه صلاته، وإذا علم أنه أخطأ القبلة وجه قوله أنه أدى حكماً عن اجتهاده، وقد ظهر خطؤه بيقين فيلزمه الإعادة، كما لو توضأ بماء على ظن أنه طاهر ثم تبين أنه نجس.

وجه قول علمائنا رضي الله عنهم حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة وإنه معروف، وإنما مسألة الثوب، وإنا قلنا: القياس في القبلة أن لا يجوز كما في الثوب والماء، إلا أنا تركنا القياس في القبلة بالنص، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد في القبلة لا يكون وارداً في الماء والثوب دلالة؛ لأن الصلاة إلى غير القبلة أخف من الصلاة بغير وضوء وفي ثوب نجس؛ لأن التطوع إلى غير القبلة يجوز بالعذر الذي لا تجوز بمثله الصلاة بغير وضوء، ولا في ثوب نجس، فإنه تعذر السير فيما دون السفر يجزئه التطوع إلى غير القبلة، ولا يجزئه بغير طهارة، ولا في ثوب نجس، وإذا كان أخف فالنص الوارد في القبلة بخلاف القياس، ويكون وارداً فيهما دلالة فرد فصل الماء والثوب إلى ما يقتضيه القياس والقياس ما قاله، وهذا إذا كان بعد الفراغ من الصلاة.

فأما قبل الفراغ من الصلاة إذا علم أنه أصاب القبلة فإنه يمضي في صلاته، ولا يستقبل؛ لأن الحالة الثانية مثل الحالة الأولى؛ لأن الجهة التي وقع عليها التحري صارت قبلة بالنص كالكعبة، وإذا كانت الحالة الثانية مثل الأولى لا فوقه أمكنه البناء على الحالة الأولى، ألا ترى أن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس، فلما تحولت القبلة إلى الكعبة تحولوا إليها، وهم في الصلاة وأجزأتهم صلاتهم؟

الوجه الرابع: إذا شك وتحرى، وأعرض عن الجهة التي وقع تحريه عليها وصلى إلى جهة أخرى لا يجزئه في ظاهر رواية أصحابنا، وروى أبو سليمان الجوزجاني عن أبي يوسف أنه يجوز، وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا، وجه رواية أبي سليمان أن التوجه إلى الجهة التي وقع تحريه عليها لم يفترض لعينه بل إنها كعبة حقيقة، فإذا أصاب الكعبة بجهة أخرى فقد حصل المقصود من التوجه إلى الجهة التي وقع تحريه عليها فيسقط فرضه التوجه إليها.

ومما يلحق بهذا الفصل إذا صلى إلى الجهة التي وقع تحريه عليها ركعة أو ركعتين، ثم علم أنه أخطأ فعليه أن يتحول إلى جهة الكعبة، ويبني على صلاته، وإذا وقع تحريه

إلى جهة فصلى إليها ركعة ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى؛ يتحول إلى الجهة الثانية، وكذا في الثالثة، والرابعة، والأصل فيه حديث أهل قباء على ما روينا، واختلف المتأخرون فيما إذا صلى ركعة إلى جهة بالتحري، ثم وقع تحريه على جهة أخرى فصلى إليها ركعة، ثم وقع تحريه على الجهة الأولى، فمنهم من قال ينتقل إلى تلك الجهة أيضاً، ومنهم من قال: يلزمه الاستقبال.

ومما يتصل بهذا الفصل معرفة مكان التحري

ذكر في باب صلاة المريض [١٠٤ب/ ٢] من الأصل مسألة تدل على أن التحري في باب القبلة كما جوز خارج المصر يجوز في المصر، وصورتها قوم مرضى في بيت بالليل أمهم واحد وصلى بعضهم إلى القبلة، وبعضهم إلى غير القبلة، وهم يظنون أنهم أصابوا يعني تحروا، فصلاتهم جائزة؛ لأنه يجوز ذلك من الأصحاء حالة الاشتباه فمن المرضى أولى، ووجه الاستدلال بها أن محمداً رحمه الله حكم بجواز صلاتهم من غير فصل، بينما إذا كان البيت في المصر أو خارج المصر.

وعن أبي يوسف: أن الرجل إذا كان ضيفاً وكان ليلاً، ولم يجد أحداً يسأل فأراد أن يصلي التطوع جاز له التحري، وذكر شمس الأئمة الحلواني في «شرحه» مسألة الضيف، فقال: إذا كان الرجل ضيفاً في بيت إنسان فنام القوم، فأراد الضيف أن يتهجد بالليل، وكره أن يوقظهم، وذكر أن بعض مشايخنا قالوا: لا يجوز له التحري، وبعضهم قالوا: إن كان يريد إقامة المكتوبة لا يجوز له التحري، وإن كان يريد التهجد بالليل؛ يجوز له التحري، قال شمس الأئمة الحلواني عن مشايخه إن الصحيح أنه لا يجوز التحري في المصر؛ لأنه يتوصل إلى إصابة الجهة بالسؤال، ويجد من يسأله غالباً، والحكم يبنى على الغالب، قالوا: وما ذكرنا في باب صلاة المريض محمول على البيت الذي يكون في الرباط، ولا يكون ..(١) في ....(١) والمرضى مسافرون.

وفي «فتاوى النسفي»: التحري في المسجد في ليلة مظلمة يجوز حتى لو صلى المغرب في المسجد بالتحري، ثم جيء بالسراج وظهر أنه أخطأ القبلة لا يجب عليه الإعادة سواء كان المسجد له محراب أو لم يكن؛ لأن في مس الحائط لطلب المحراب احتمال الضرر، قال: وهذا جواب السيد الإمام أبي شجاع، وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني، وفي النهار لا يجوز.

وفي كتاب التحري: رجل دخل مسجداً لا محراب فيه، وقبلته مشكلة، وفيه قوم من أهله فتحرى هذا الرجل القبلة وصلى، ثم تبين أنه أخطأ فعليه أن يعيد الصلاة، وإن علم أنه أصاب جازت صلاته؛ لأن السؤال من أهله ما افترض لعينه، بل لإصابة القبلة، فإذا أصاب فقد حصل المقصود بدونه فيجوز، ألا ترى أنه قد صلى بعد الشك بدون التحري؛ لأن التحري ما افترض بعينه بل لإصابة الكعبة، فإذا أصاب فقد حصل

---

(١) بياض بالأصل.

المقصود، قال في كتاب التحري عقيب ذكر هذه المسألة: وهو نظير من أتى حياً من الأحياء ولم يجد ماءً فتيمم وصلى، ثم وجد الماء فإن كان في الحي قوم من أهله ولم يسألهم لا يجوز له التيمم، وإن كان في الحي قوم من غير أهله فلم يسألهم، أو سألهم فلم يخبروه، أو لم يكن بحضرته من يسأله جازت صلاته، وذكر القدوري في «شرحه» عن محمد رحمه الله فيمن بان له الخطأ بمكة بأن كان به محبوساً في بيت فاشتبهت عليه القبلة فتحرى، فلم يكن عنده من يسأله أنه لا إعادة عليه قال ثمة: وهو الأقيس؛ لأنه إذا كان محبوساً في بيت وانقطع عنه سائر الأدلة تعين عليه التحري، فقد أتى بما أمر به فيجوز، قال ثمة: وقال أبو بكر الرازي: عليه الإعادة؛ لأنه تيقن بالخطأ بمكة؛ لأن القبلة بمكة مقطوع بها، قال ثمة: وكذلك لو كان بالمدينة؛ لأن القبلة بالمدينة مقطوع بها؛ نصبها رسول الله عليه السلام بالوحي بخلاف سائر البقاع.

الفصل الثاني
في مسائل الزكاة

وإذا دفع الرجل زكاة ماله إلى رجل، ولم يخطر بباله عند الدفع أنه غني أو فقير؛ جاز الأداء إلا إذا علم أنه غني، وإن دفع إلى رجل ظن أنه فقير من غير أن يستدل على كونه فقيراً بما جعل أمارة على الفقر، فالجواب فيه كالجواب في الفصل الأول، ومعنى المسألة أنه لم يشك في أمر المدفوع إليه، بل كما رآه وقع في قلبه أنه فقير.

وإن اشتبه عليه حال المدفوع إليه، فدفع إليه بعدما تحرى، ووقع في أكثر رأيه أنه فقير أو أخبره المدفوع إليه أو أخبره عدل آخر أنه فقير، أو رآه في زي الفقراء، أو رآه جالساً في صف الفقراء، أو رآه يسأل الناس، ووقع في قلبه أنه فقير، وفي هذه الوجوه كلها إن علم أنه فقير أو أكثر رأيه أنه فقير، أو لم يعلم شيئاً، أو علم أنه غني، أو كان أكثر رأيه أنه غني؛ جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، وعند أبي يوسف الجواب كذلك إلا في وجه واحد؛ وهو ما إذا علم أنه غني؛ فإن في هذه الصورة: لا يجزئه عن زكاة ماله عند أبي يوسف، قال شيخ الإسلام: وله أن يسترد ما دفع إليه، وهو خلاف الرواية، فالرواية منصوصة عن أبي يوسف أنه لا يملك الاسترداد.

ثم إن محمد رحمه الله جمع بين فصول خمسة، بينما إذا أخبره المدفوع إليه أو عدل آخر أنه فقير، أو رآه في زي الفقراء أو جالساً في صف الفقراء، أو رآه يسأل الناس، ووقع في قلبه أنه فقير؛ ذكر هذا الشرط، وهو الوقوع في قلبه أنه فقير فيما إذا رآه يسأل الناس، ولم يذكره في الفصول الأخر، وإنه شرط في الفصول الأخر أيضاً، وهكذا ذكر في «النوادر» بعض الفصول الأخر مع هذا الشرط؛ وهذا لأنه إذا وقع في قلبه صدقه كان بمنزلة التحري.

ثم على قول أبي حنيفة ومحمد: إذا ظهر أن المدفوع إليه غني، وجازت الصدقة عند أبي حنيفة ومحمد هل يحل للقابض؟ اختلف المشايخ فيه؛ قال بعضهم: لا يطيب،

وقال بعضهم: يطيب، وقال بعضهم: يرد إلى المعطي على وجه التمليك.

ثم المعطي هل يثاب على ذلك؟ قال بعضهم: يثاب ثواب المجاملة مع الناس والبر بهم، ولا يثاب ثواب الصدقة، واستشهد في «الكتاب» حجة لأبي يوسف في المسألة المختلفة، قال: هو بمنزلة رجل توضأ بماء وصلى، ثم تبين أنه كان غير طاهر، وذكر أن هذا يجزئه ما لم يعلم، فإذا علم عاد، قال شمس الأئمة الحلواني: وتحت هذا اللفظ فائدة عظيمة، فإنه جعل تلك الصلاة مجزئة ما لم يعلم أنها فاسدة في الحقيقة قال رحمه الله: وكذلك كل صلاة وقعت فاسدة، وهو يظن أنها وقعت جائزة، فمات قبل العلم لم يعاقب، والعبرة لما عنده لا بما عند الله، قال رحمه الله: ونظيره ما روي عن أبي يوسف فيمن اشترى جاريته وطأها مراراً، ثم استحقت إن وطأها حلال له، ولا يسقط إحصانه؛ لأنه وطئها وعنده أنها ملكه فاعتبر ما عنده، وعلى قول أبي حنيفة ومحمد: الوطء حرام، إلا أنه لا إثم عليه.

وإذا شك في حال المدفوع إليه فدفع إليه من غير تحر إن ظهر أنه غني، أو وقع في أكثر رأيه أنه غني، أو لم يعلم شيء لا يجوز، وإن ظهر أنه فقير يجوز، وإن وقع في أكثر [١٠٥أ/ ٢] رأيه بعد ذلك أنه فقير اختلف المشايخ فيه، أكثرهم على أنه لا يجوز، وأما إذا اشتبه عليه حال المدفوع إليه، وتحرى ووقع في أكثر رأيه أنه غني، فدفع إليه مع ذلك لا يجزئه ما لم يعلم فقره، وإذا علم أنه فقير اختلف المشايخ فيه على ثلاثة أقاويل: بعضهم قالوا: يجوز إجماعاً، وبعضهم قالوا: لا يجوز إجماعاً، وبعضهم قالوا: عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز، وعند أبي يوسف يجوز على عكس ما ذكرنا من الاختلاف، قال شمس الأئمة السرخسي: والأصح هو الجواز.

ثم في المسألة المختلفة بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف، لو ظهر أن المدفوع إليه أب الدافع، أو ابنه كان على الخلاف في ظاهر الرواية، وذكر أبو شجاع عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، لو ظهر أن المدفوع إليه هاشمي كان على الخلاف في ظاهر الرواية، وذكر في «جامع البرامكة» عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، وإن ظهر أن المدفوع إليه ذمي، كان على هذا الخلاف في ظاهر الرواية، وذكر أبو يوسف في «الأمالي» عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز، وإن ظهر أنه حربي مستأمن ذكر في «نوادر الزكاة» أنه على هذا الخلاف، وذكر في «جامع البرامكة» عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز، وإن ظهر أنه حربي غير مستأمن لا يجوز عند أبي حنيفة باتفاق الروايات، وإن ظهر أنه عبده لا يجزئه إجماعاً، وإن ظهر أنه مكاتبه فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان.

الفصل الثالث
في التحري في الثياب، والمساليخ، والأواني، والموتى

إذا كان مع الرجل ثوبان، أو ثياب، والبعض نجس، والبعض طاهر، فإن أمكن التمييز بالعلامة يميز، وإن تعذر التمييز بالعلامة إن كانت الحالة حالة الاضطرار بأن لا يجد ثوباً طاهراً بيقين، واحتاج إلى الصلاة، وليس معه ما يغسل به أحد الثوبين أو أحد

الأثواب يتحرى، وإن كانت الحالة حالة الاختيار إن كانت الغلبة للنجس أو كانا على السواء لا يتحرى، ثم في حالة الاضطرار إذا وقع تحريه في الثوبين على أحدهما أنه طاهر فصلى فيه الظهر، ثم وقع أكثر رأيه على الآخر أنه هو الطاهر فصلى فيه العصر لم يجزه العصر، فإن لم يحضره تحر أو لم يعلم أن في أحدهما نجاسة حتى صلى في أحدهما الظهر، وفي الآخر العصر، ثم نظر فإذا في أحدهما قذر، ولا يدري أهو الأول أو الآخر، فصلاة الظهر جائزة، وصلاة العصر فاسدة.

وفي «النوادر»: إذا كان أحد الثوبين نجساً فصلى في أحدهما الظهر من غير تحر، وصلى في الآخر العصر، ثم وقع تحريه على أن الأول طاهر قال أبو حنيفة رضي الله عنه: هذا لم يصل شيئاً، وقال أبو يوسف: صلاة الظهر جائزة.

وأما الثوب الواحد إذا أصاب طرفاً منه نجاسة مانعة جواز الصلاة، وهي غير مرئية، هل يجوز له أن يتحرى طرفاً منه فيغسله؟ بعض المتأخرين من مشايخنا جوزوا ذلك، وبعضهم قالوا: إذا غسل طرفاً منه من غير تحر وصلى فيه لا يحكم بفساد صلاته، وتأولنا للمشايخ خلاف ما ذكره هشام في «نوادره» عن محمد، فقد ذكر ثمة: أنه لا يجوز التحري في ثوب واحد، قال القاضي الإمام أبو علي النسفي: ونظير هذه المسألة مسألة أخرى لا يحفظ جوابها أن الحنطة التي تدلس بالخمر فيبول ويروث وتصب بعض الحنطة ويخلط ما أصيب منها بغيرها قالوا: لو عزل بعضها وغسل، ثم خلط الكل أبيح تناولها، وكذلك لو عزل بعضها ووهبه من إنسان أو باعه منه أو تصدق به عليه حل له تناول البقية ويباح للموهوب له، والمشتري والمتصدق عليه تناولها أيضاً.

ونظير هذا مسألة في «النوادر»: رجلان في السفر معهما ثوبان؛ أحدهما طاهر والآخر نجس، فصلى أحدهما في ثوب بالتحري، وصلى الآخر في الثوب الآخر بالتحري؛ تجوز صلاة كل واحد منهما، ولو أم أحدهما، واقتدى به الآخر، فصلاة الإمام جائزة دون صلاة المقتدي.

ونظيره مسألة أخرى: رجلان تلاعبا، فسال من أحدهما قطرة دم، وجحد كل واحد منهما أن ذلك منه، فصلى كل واحد منهما منفرداً، جازت صلاته، ولو اقتدى أحدهما بالآخر لا تجوز صلاة المقتدي.

ومن هذا الجنس مسألة أخرى: ثلاثة نفر تلاعبوا، فسال من أحدهم قطرة دم أو فسى أحدهم أو ضرط، ثم تجاحدوا جميعاً، ثم أم أحدهم في الظهر، والثاني في العصر، والثالث في المغرب، فصلاة الظهر جائزة للكل ولا تجوز صلاة المغرب لإمام الظهر والعصر رواية واحدة، وفي إمام المغرب روايتان؛ وقال أبو القاسم الصفار: تجوز الصلوات كلها.

وإذا تحرى في الثياب ووقع تحريه على أحدهما أنه طاهر، وصلى فيه، ثم تبين أنه أخطأ؛ تلزمه الإعادة بخلاف أمر القبلة.

إذا كان في السفر ومعه أوان بعضها نجسة، وبعضها طاهرة إن كانت الغلبة للطاهرة

يجوز التحري حالة الاختيار وحالة الاضطرار، للشرب والوضوء جميعاً، وإن كانت الغلبة للنجس أو كانا سواء إن كانت الحالة حالة الاختيار للتحري لا للشرب، ولا للوضوء، وإن كانت الحالة حالة الاضطرار أن يتحرى للشرب بالإجماع، ولا يتحرى للوضوء عندنا، ولكنه يتيمم، فإن توضأ بالماءين إن مسح موضعاً واحداً في المرتين لا يجزئه، وإن مسح موضعين يجزئه.

وههنا مسألة أخرى لا ذكر لها في «المبسوط»: إذا اختلط إناؤه بأواني أصحابه في السفر، وهم غيب، قال بعضهم: يتحرى، ويأخذ آنيته ويتوضأ به بمنزلة طعام مشترك بين جماعة غاب أصحابه واحتاج الحاضر إلى نصيبه، رفع قدر نصيبه، وكذلك رغيفه إذا اختلط بأرغفة صاحبه قال بعضهم: يتحرى، وقال بعضهم: لا يتحرى في الأرغفة ولكن يتربص حتى يجيء أصحابه، وهذا كله في حالة الاختيار، أما في حالة الاضطرار جاز التحري في الأحوال كلها.

إذا كان للرجال مساليخ؛ بعضها ذبيحة، وبعضها ميتة إن أمكن التمييز بالعلامة يميز في الوجوه كلها، ويباح التناول، وإن تعذر التمييز بالعلامة، فإن كانت الحالة حالة الاضطرار ويعني به أنه لا يجد كسرتيّن واضطر إلى الأكل يتناول بالتحري على كل حال، وإن كانت الحالة حالة الاختيار، فإن كانت الغلبة للحرام أو كانا سواء لم يجز التناول بالتحري، وإن كانت الغلبة للحلال يتناول بالتحري، وليس هذا كالمطلقة ثلاثاً إذا اختلطت بغيرها من الإماء، والغلبة للحلال فإن هناك لا يطأ واحدة منهن بالتحري، ولو متن إلا واحدة لا يطؤها [١٠٥ب/ ٢] والزيت إذا اختلط به ودك الميتة إن كانت الغلبة للحرام أو كانا على السواء لا يجوز الانتفاع به بوجه من الوجوه، وإن كانت الغلبة للزيت لا يحل الأكل، ويحل ما عداه من الاستعمال، ودبغ الجلد به والبيع شرط أن يبين عنده.

إذا اجتمع موتى المسلمين وموتى الكفار، فإن أمكن التمييز بالعلامة تميز، وإن تعذر التمييز بالعلامة؛ إن كانت الغلبة للمسلمين يغسلون ويكفنون، ويدفنون في مقابر المسلمين، وإن كانت الغلبة للكفار لم يصل عليهم ويغسلون ويكفنون ويدفنون في مقابر المشركين، وإن كان سواء فكذلك الجواب لا يصلى عليهم، ويدفنون في مقابر المشركين، قيل: عند أبي يوسف يدفنون في مقابر المسلمين، وقال الفقيه أبو جعفر: تجد لهم مقبرة على حدة.

الفصل الرابع
في المتفرقات

رجل أم قوماً في ليلة مظلمة، فتحرى القبلة، فصلى إلى المشرق، وتحرى من خلفه، وصلى بعضهم إلى القبلة، وبعضهم إلى دبر القبلة، وكلهم خلف الإمام، ولا يعلمون ما صنع الإمام أجزأهم، وهذا إذا كان عند كل واحد منهم أن وجه الإمام إلى هذا

الجانب الذي إليه وجهه، ولم يتقدم على الإمام، أما إذا كان عند واحد منهم أن وجه الإمام إلى جهة أخرى، أو هو تقدم على إمامه لا تجوز صلاته، أما إذا كان عنده أنه تقدم على إمامه فظاهر، وأما إذا كان عنده أن وجه إمامه إلى جانب آخر، فلأنه زعم فساد صلاة إمامه لما أنه زعم أنه ترك القبلة، وهذا بخلاف ما لو صلوا في جوف الكعبة، فإنه تجوز صلاة الكل من كان وجهه إلى الجانب الذي إمامه إليه، ومن كان وجهه إلى جانب آخر؛ لأن هناك أحد لم يزعم فساد صلاة الإمام لما أنه ترك القبلة؛ لأن كل جهة حق بيقين، أما ههنا الجهات كلها ليست بحق بيقين بل الحق جهة واحدة، ولهذا أمر بالتحري، ولو كانت كل جهة حقاً لما احتيج إلى التحري، إنما الحق عند كل مجتهد ما أدى إليه اجتهاده، وما عند صاحبه خطأ، وكثير من مسائل التحري ذكرناها في أول كتاب الاستحسان فلا نعيده.

قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»: ولا يخرج الرجل إلى الجهاد وله أم أو أب إلا بإذنه؛ إلا في النفير العام، وهذا استحسان، وإن كان أبواه كافرين أو أحدهما، وكرها له ذلك، أو كره الكافر؛ فليتحر في ذلك، فإن وقع تحريه على أنه إنما كره لما يلحقه من المشقة لأجل ما يخاف عليه من القتل، فإنه لا يخرج من غير إذنهما، وإن وقع تحريه على أنه إنما كرهه كراهة أن يقاتل مع أهل دينه وملته يخرج بغير إذنهما، وإن لم يقع تحريه على شيء بل شك في ذلك، ومعناه استواء الظنين، لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الكتاب»، قالوا: وينبغي أن لا يخرج؛ لأن طاعة الوالدين على الولد واجب بيقين وقع الشك في سقوطها، فلا يسقط بالشك، واستدلوا بما ذكر محمد رحمه الله في «السير» في باب طاعة الوالي: أن الإمام إذا أمر الجند بشيء وشكوا أنهم ينتفعون به أو يتضررون، وتساوى الظنان أن عليهم أن يطيعوا الأمير؛ لأن طاعة الأمير واجب بيقين وقع الشك في سقوطه فلا يسقط بالشك.

وفي «مجموع النوازل»: إذا اشتبهت عليه القبلة في مفازة، فتحرى ووقع تحريه على جهة، فأخبره عدلان أن القبلة إلى جهة أخرى، فإن كانا مسافرين لا يلتفت إلى قولهما؛ لأنهما يقولان عن اجتهاد، ولا يجوز للمجتهد ترك اجتهاده باجتهاد غيره، أما إذا كانا من أهل ذلك الموضع لا يجوز له إلا أن يأخذ بقولهما؛ لأن خبرهما فوق اجتهاده.

وفيه أيضاً: رجل صلى في مفازة بالتحري، فاقتدى رجل به، ولم يتحرَ المقتدي، ثم ظهر أن الإمام أصاب القبلة؛ جازت صلاتهما، وإن ظهر أنه أخطأ لم تجز صلاة المقتدي، وجازت صلاة الإمام؛ لأن تحري الإمام لا يصير تحرياً للمقتدي، فصار المقتدي مصلياً بغير تحر عند اشتباه القبلة فلا يجوز. وفيه أيضاً: قوم صلوا في مفازة بالتحري؛ وفيهم مسبوق ولاحق، فلما فرغ الإمام من الصلاة قاما يقضيان، فظهر الخطأ في القبلة أمكن للمسبوق إصلاح صلاته دون اللاحق؛ لأن المسبوق فيما يقضي ينفرد، وللمنفرد أن ينتقل إلى ما تحول رأيه إليه بخلاف اللاحق؛ لأنه في الحكم كأنه خلف الإمام، فليس له أن يخالف الإمام في الجهة.

رجلان خرجا إلى المفازة، فجاء أوان الصلاة فتحريا، ووقع تحري كل واحد إلى جهة غير جهة صاحبه، فافتتح كل واحد منهما الصلاة منفرداً بالتحري، ثم بدا لأحدهما في وسط الصلاة أن يتحول إلى جهة صاحبه فتحول واقتدى به، فإن استقبل التكبير جاز، وما لا فلا.

في متفرقات شمس الأئمة الحلواني: الأعمى إذا صلى ركعة إلى غير القبلة فجاء رجل وسواه، وأقامه إلى القبلة واقتدى به، إن وجد الأعمى وقت الافتتاح من يسأل عنه لا تجوز صلاة الإمام، ولا صلاة المقتدي، وإن لم يجد من يسأل تجوز صلاة الإمام؛ لأنه معذور، ولا تجوز صلاة المقتدي؛ لأن في زعمه أن أول صلاة الإمام إلى غير القبلة والله أعلم. تم كتاب التحري من المحيط البرهاني بحمد الله تعالى.

كتاب اللقيط

هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول:

١ ـ في بيان حاله، ووصفه وما يستحب فيه وما يفترض

٢ ـ في بيان أحكامه

٣ ـ في بيان من يلي عليه

٤ ـ في دعوى نسب اللقيط ورقه

٥ ـ في تصرفات اللقيط بعد البلوغ

الفصل الأول
في بيان حاله، ووصفه وما يستحب فيه وما يفترض

المذهب لعلمائنا رضي الله عنهم في اللقيط أنه حر إما باعتبار الدار؛ لأن الدار دار أحرار، أو باعتبار الأصل، فإن الأصل في الآدمي الحرية، والعبرة في حق الدين على رواية كتاب اللقيط من «الأصل» للمكان لا للواجد حتى لو وجد في مكان الكافرين يحكم بكفره سواء كان الواجد مسلماً أو كافراً، وعلى بعض رواية كتاب الدعوى من «الأصل» العبرة للواجد، وعلى بعض رواية كتاب الدعوى من «الأصل»، وكتاب العتاق العبرة لما يوجب الإسلام أيما كان، وفي «المنتقى»: يعتبر الزي حتى أنه إذا كان عليه زي أهل الشرك يحكم بكفره وحده يعتبر دين الواحد

ونقول: الملتقط إذا كان ذمياً [١٠٦أ/ ٢] وزي اللقيط مشكل، فادعاه نصراني، فهو ابنه، وهم على دينه ولا ينظر في ذلك إلى الموضع الذي وجده فيه إن كان مسجداً أو غيره، ورفعه أفضل من تركه لما في تركه من ترك الترحم على الصغير، وقد قال عليه السلام: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا، فليس منا»[1] قالوا: وهذا إذا كان يخاف عليه لا محالة بأن وجده واقعاً في الماء أو بين يدي سبع يفترض عليه الأخذ، وإذا جاء الملتقط باللقيط إلى القاضي، فطلب من القاضي أن يأخذه منه، فللقاضي أن لا يصدقه في ذلك بدون بينة يقيمها على أنه لقيط؛ لأنه منهم، فلعله ولده أو بعض من يلزمه نفقته، واحتال بهذه الحيلة ليدفع النفقة عن نفسه، وإذا أقام البينة على ذلك، فالقاضي يقبل من غير خصم حاضر، إما لأن هذه بينة قامت لكشف الحال، أو لأنها غير ملزمة، والخصم في مثل هذا ليس بشرط.

وإذا قبل القاضي منه إن شاء قبض اللقيط منه، وإن شاء لم يقبضه منه، ولكنه يوليه ما تولى ويقول: قد ألزمت حفظه، فأنت وما ألزمت، وليس لك أن تلزمني ما لم ألتزمه، وهذا إذا لم يعلم القاضي عجزه عن حفظه، والإنفاق عليه، فأما إذا علم فالأولى أن يأخذ منه نظير اللقيط، وإذا أخذ منه يضعه على يدي عدل ليحفظه، فإن جاء الأول بعد ذلك وسأل من القاضي أن يرده عليه، فالقاضي بالخيار؛ إن شاء رده عليه، وإن شاء لم يرد، وهذا بخلاف ما لو التقط لقيطاً فجاء آخر وانتزعه من يده، ثم اختصما، فالقاضي يدفعه إلى الأول؛ لأن في الفصل الأول الملتقط أسقط يده باختياره، وصار حاله كحال غيره من الناس في طلب الرد عليه، ولا كذلك الفصل الثاني.

وإذا وجد العبد لقيطاً، ولم يعرف ذلك إلا بقوله، وقال المولى: كذبت بل هو عبدي، فالقول قول المولى إن كان العبد محجوراً، وإن كان مأذوناً فالقول قول العبد؛ لأن العبد بقوله هذا اللقيط في يدي يخبر بسقوط حق مولاه عنه؛ لأنه العبد المحجور لا

(١) أخرجه الترمذي في البر والصلة حديث ١٩٢٥.

قول له في إسقاط حق المولى عما في يده، ألا ترى أنه لو أقرَّ على نفسه بدين لا يسقط به حق المولى عما في يده بخلاف المأذون.

الفصل الثاني
في بيان أحكامه

شهادة اللقيط بعدما أدرك جائزة إذا كان عدلاً وحكم جنايته، والجناية عليه كحكم غيره من الأحرار؛ لأنا حكمنا بحريته باعتبار الظاهر، ويحد قاذفه في نفسه، ولا يحد قاذفه في أمه؛ لأن أمه في صورة الزانيات؛ لأن الولد لا يعرف له والد، ولا كذلك نفسه، وميراثه للمسلمين، وعقله ونفقته في بيت مال المسلمين، وإذا وجد مع اللقيط مال فذلك المال له لسبق يده إليه، ونفقته في ذلك بأمر القاضي، وللملتقط أن ينفق عليه منه، وقيل: ينفق بعد أمره أيضاً، وهو مصدق في نفقة مثله، وكذلك إذا وجد على دابة فالدابة له، وعن محمد رحمه الله في «النوادر» أن اللقيط إن كان بحال يستمسك على الدابة، ولا يشد عليها فالدابة له، وإن كان لا يستمسك على الدابة، وشد عليها، فالدابة لا تكون له.

الفصل الثالث
في بيان من يلي عليه

الولاية على اللقيط للإمام: قال عليه السلام: «السلطان ولي من لا ولي له»(١) ولا يجوز للملتقط عليه عقد نكاح ولا عقد بيع ولا شراء؛ لأن هذه التصرفات تعتمد الولاية، ولا ولاية للملتقط على اللقيط، إنما له حق الحفظ والتربية، لكونه منفعة محضة في حق اللقيط، وبهذا السبب لا تثبت الولاية، وإن وجد مع اللقيط مال، وأمر القاضي الملتقط بالإنفاق عليه من ذلك المال فما اشترى له من طعام أو كسوة فذلك جائز؛ لأن القاضي لما أمره أن ينفق عليه من ذلك المال فقد أمره بأن يشتري له ما يحتاج إليه من الطعام والكسوة، والقاضي يملك ذلك بنفسه، فيملك الملتقط أيضاً بأمره، وإذا قتل اللقيط خطأ تجب الدية على عاقلة القاتل، وتكون لبيت المال.

وإن قتل هذا فصالح الإمام القاتل على الدية جاز، ولو عفى عن القاتل لا يجوز، ولو أراد أن يقتل القاتل فلا يمكن عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، وإنما كان له استيفاء القصاص في قولهما؛ لأن القصاص في الأصل شرع بملك الحياة على ما قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾[البقرة: ١٧٩] وذلك بطريق الزجر، حتى إذا تفكر الرجل

---

(١) أخرجه الترمذي في النكاح حديث ١١٠٢، وابن ماجه في النكاح حديث ١٨٧٩، ١٨٨٠، وأحمد في المسند ١/ ٢٥٠، ٦/ ٤٧، ٢٧٠، والدارمي ٢/ ١٣٧.

في نفسه أنه لو قتل غيره يقتل، ينزجر عن قتله، فيكون حياة لهما جميعاً، وذلك موجود في اللقيط، فكان للإمام أن يستوفي القصاص، وإن شاء مال إلى الدية؛ لأنه مجتهد فيه، وليس له أن يعفو؛ لأنه نصب لاستيفاء حقوق المسلمين لا لإبطالها.

وإذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه؛ إن أنفق بغير أمر القاضي فهو في ذلك متطوع، وإن أنفق بأمر القاضي إن كان القاضي أمره بالإنفاق على أن يكون ديناً عليه؛ فإن ظهر له أب كان للملتقط حق الرجوع على أبيه، وإن لم يظهر له أب فله حق الرجوع عليه إذا كبر، وبناءً عليه ذكر شيخ الإسلام أن في المسألة روايتان، وذكر شمس الأئمة السرخسي ووجهه: أن مطلق الأمر بالإنفاق محتمل يحتمل أن يكون للتحبب والترغيب في إتمام ما شرع فيه من التبرع، وإنما ينقطع هذا الاحتمال بالأمر على أن يكون ديناً عليه.

وإذا بلغ اللقيط وصدق الملتقط فيما ادعى من الإنفاق عليه رجع عليه بذلك، وإن كذبه كان القول قول اللقيط، وعلى الملتقط البينة، كأنه يدعي ديناً لنفسه على اللقيط، وهو ينكر، وفي «المنتقى»: لو جعل الإمام ولاء اللقيط للملتقط جاز؛ لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه، فإن من العلماء من قال بأن الملتقط يشبه المعتق من حيث أنه اختاره كالمعتق والله أعلم.

الفصل الرابع
في دعوى نسب اللقيط ورقه

إذا ادعى الملتقط نسب اللقيط فالقياس أن لا تصح دعوته لمكان التناقض، فإنه زعم أنه التقط وابنه لا يكون لقيطاً، ولأن هذا إقرار على اللقيط فإنه يلزمه أحكام النسبة، والإقرار على الغير لا يصح، وفي الاستحسان: تصح دعوته؛ لأن هذا إقرار على نفسه من وجه من حيث أنه يلزمه نفقته، ويجب عليه أن يحفظه، أو إن كان إقراراً على اللقيط فهو إقرار عليه [١٠٦ب/ ٢] بما ينفعه من كل وجه، وبالالتقاط ثبت وبهذه الولاية، وما يقول بأنه متناقض قلنا: نعم، ولكن فيما طريقه طريق الخفاء، فقد يشتبه على الإنسان حال ذلك الصغير، ويظن أنه لقيط، ثم يتبين له بعد ذلك أنه ولده، فإن ادعاه رجل آخر، فالمسألة على القياس والاستحسان أيضاً، وهذا قياس أحق؛ لأن المدعي يريد أن يأخذه من يد اللقيط، ويبطل عليه ما ثبت من الحق.

وإذا مات اللقيط، وادعى رجل أنه ابنه لا تصح دعوته، فعلى جواب الاستحسان فرق بين حالة الحياة، وبين ما بعد الموت؛ لأن في حالة الحياة إنما صحت دعوته؛ لأنه أقر بما ينفع اللقيط من كل وجه، وهو النسب، وبالموت استغنى عن النسب، ففي كلامه دعوى الميراث فلا يصدق إلا بحجة، ولو ادعى الملتقط أن اللقيط عبده لم يصدق على ذلك؛ لأنا حكمنا بحريته ظاهراً فلا يبطل ذلك لمجرد قوله.

ولو ادعى رجل أنه ابنه من امرأته هذه أو من أمته هذه وصدقته المرأة أو الأمة فهو

ابنهما، فقد شرط تصديق الزوجة والأمة، أما تصديق الزوجة فظاهر؛ لأنه أقر عليها بما يلزمها من حقوق النسب، وإقرار الإنسان على زوجته لا يصح إلا بتصديقها، وأما تصديق الأمة فلأنه وإن أقر على مملوكه ولكن بما يلزمها في الحال وبعد الحرية، فإن حقوق النسب كما يلزمها في الحال، يلزمها بعد الحرية، وإقرار المالك على مملوكه بما يلزمها بعد الحرية لا يصح إلا بتصديق المملوك.

ولو ادعاه عبد أنه ابنه من امرأته هذه، وهي أمة وصدقته المرأة، وصدقها المولى وقال: هو عبدي؛ ثبت النسب، وكان اللقيط مملوكاً لولي الأمة، وهذا قول أبي يوسف؛ لأن من ضرورة ثبوت النسب من الأمة أن يكون مملوكاً، وعند محمد رحمه الله هو حر؛ لأنا حكمنا بثبات نسبه؛ لأنه ينفعه، وليس في إبطال الحرية الثانية من حيث الظاهر نفع بل فيه ضرر، فثبت نسبه من الرجل، ولا يجعل ابن امرأته هذه.

فلو ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها وهي حرة أو أمة لن تصدق على ذلك إلا ببينة، فإن أقامت امرأة واحدة على أنها ولدته قبل ذلك منها إذا كانت عدلة حرة؛ أطلق الجواب ولم يفصل، بينما إذا كان لها زوج؛ لأنها تحمل النسب على فراش الغير، أما إذا لم يكن لها زوج فلا تحتاج إلى البينة، وهي والرجل سواء، ومن المشايخ من أجرى المسألة على إطلاقها، وقال: الحكم في حقها ثبت بحقيقة الولادة وللقابلة وقوف عليها، فلا بد من إقامتها لقبول قولها، فأما في جانب الرجل الحكم منقطع عن الحقيقة، وعلق بالسبب الظاهر، فكان قوله مقبولاً.

فلو ادعى اللقيط ذمي فالقياس على الاستحسان الذي ذكرنا في المسألة أنه لا يصدق، وفي الاستحسان يصدق، ويثبت نسبه منه ويكون مسلماً، ووجه ذلك: أن إثبات النسب يقع، وإثبات التبعة في الدين ضرر، فالنفع ينفصل عن الضرر، فحصلنا النفع ونفينا الضرر.

وفي «المنتقى»: الحسن عن أبي حنيفة ويقبل على الملتقط المسلم الشهود، النصارى لمسلم أو نصراني في قولهم جميعاً، يريد به إذا كان الملتقط مسلماً، فادعى مسلم أو نصراني أنه ابنه، وأقام على ذلك شهود نصارى يقبل منه، قال أبو الحسن: هذا الجواب مستقيم فيما إذا كان الملتقط ديناً غير مستقيم، فيما إذا كان الملتقط مسلماً؛ لأنها توجب استحقاق الملتقط، وشهادة أهل الذمة لاستحقاق الله على المسلمين لا تقبل، قيل: أيضاً هذا الجواب يأتي على طريق القياس؛ لأن على طريق الاستحسان النسب ثابت بالدعوة بدون الثلاثة فلا حاجة إلى الثلاثة.

وإن ادعاه رجلان ثبت النسب منهما، ولو سبق أحدهما بالدعوة فهو للسابق، ولا تقبل دعوى الآخر بعد ذلك، إلا أن يقيم الآخر بعد ذلك بينة أنه ابنه؛ لأن السبق في الدعاوي لا يقاوم البينة، وإن ادعاه امرأتان فعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يثبت النسب من واحدة منهما؛ لأن ثبات النسب من جانبهما على حقيقة الولادة، واجتماع المرأتين على ولادة ولد واحد لا يكون بخلاف جانب الرجل؛ لأن الحكم في حقه منقطع عن الحقيقة، مبني على السبب وهو الفراش، وأما على قول أبي حنيفة فالنسب ثبت من

المرأتين، ولكن لا بد له من حجة عند التعارض والتنازع، والحجة شهادة امرأة واحدة على رواية أبي حفص حتى أنه إذا قامت كل واحدة منهما امرأة ثبت النسب، فهو على رواية أبي حفص وعلى رواية أبي سليمان: الحجة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، فإن أقاما ذلك ثبت منهما، وما لا فلا.

وإذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط أولى، وإذا ادعا اللقيط رجلان كل واحد منهما يدعي أنه ابنه ووصفه أحدهما بعلامات في جسده، وأصاب النسب الآخر قضي للذي وصف، وجعل إصابة الوصف علامة صدقه في دعوته، وإن لم يصب واحد منهما فهو ابنهما، ولو وصفا فأصاب أحدهما دون الآخر قضي للذي أصاب، وكذلك لو قال أحدهما: هو غلام، وقال الآخر: هو جارية يقضى للذي أصاب، ولو تفرد رجل بالدعوة وقال: هو غلام، فإذا هو جارية، أو قال: هو جارية، فإذا هو غلام لا يقضى له أصلاً.

ولو ادعاه رجل أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، وادعى آخر أنه جده، وأقاما البينة قضي للذي ادعى البنوة، وإن ادعى أحدهما أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، وادعى الآخر أنه ابنه من هذه المرأة الأمة قضي للذي ادعا النسب من المرأة الحرة، ولو أقام كل واحد منهما بينة أنه ابنه من هذه المرأة الحرة عين كل واحد منهما امرأة أخرى؛ قضي بالولد بينهما، وهل يثبت نسب الولد من المرأتين؟ فعلى قول أبي حنيفة يثبت، وعلى قولهما لا يثبت، وإذا ادعى نسبه رجلان وَوَقّتَ بينة كل واحدة منهما، فإن عرف أن الصبي على أحد الوقتين قضي له، وإن كان سن الصبي مشكل يحتمل أن يكون على كل واحد من الوقتين فعلى قول أبي يوسف ومحمد يسقط التاريخ، ويقضى بينهما باتفاق الروايات، فأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فقد ذكر شيخ الإسلام أنه اختلفت الروايات على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، ذكر في رواية أبي حفص رضي الله عنه أنه يقضي بينهما، وذكر في رواية أبي سليمان [١٠٧أ/ ٢] أنه يقضى لأسبقهما تاريخاً، وذكر شمس الأئمة الحلواني ذكر في عامة الروايات أنه يقضى بينهما، وذكر في بعض الروايات أنه يقضى لأسبقهما تاريخاً، قال محمد رحمه الله: والصحيح ما ذكر في عامة الروايات.

وفي «القدوري»: ادعى اللقيط مسلم وذمي؛ قضي للمسلم؛ لأن منفعة الصبي فيه أكثر، وكذلك إذا شهد للمسلم ذميان، وشهد للذمي مسلمان قضي للمسلم؛ لأن شهادة كل واحد من المدعيين حجة على صاحبه واستويا فكان المسلم أولى، وفي «الأصل»: إذا التقطه ذميين وتنازعا في كونه عبداً لأحدهما قضي به للمسلم والله أعلم.

الفصل الخامس
في تصرفات اللقيط بعد البلوغ

اللقيط إذا والى الملتقط أو رجلاً آخر بعدما أدرك جاز، وهذا إذا لم يتأكد ولاؤه أثبت المال، فأما إذا تأكد بأن حق حمايته وغفل عنه ببيت المال لا تجوز موالاته، وإذا

بلغ كافراً وقد وجد في مصر من أمصار المسلمين يجبر على الإسلام. . . . [1] ولا يفيد استحساناً؛ لأنا حكمنا بإسلامه تبعاً للمكان، وكل من حكم بإسلامه تبعاً للمكان، وكل من حكم بإسلامه تبعاً إذا بلغ كافراً يجبر على الإسلام، ولكن لا يعقل استحساناً كالولد المولود بين المسلمين إذا بلغ كافراً، وإذا أقر بالرق لغيره في ذلك كان عبداً له، قالوا: وهذا إذا لم تتأكد حريته بقضاء القاضي عليه بما لا يقضى به إلا على الأحرار كالحد الكامل أو القصاص في الطرق أو ما أشبه ذلك، أما إذا تأكد حريته بقضاء القاضي لم يقبل إقراره بالرق بعد ذلك.

وإذا تزوج امرأة بعدما أدرك أو استدان ديناً أو بايع إنساناً أو كفالة أو وهب هبة أو تصدق بصدقة، أو وهب هبة، أو تصدق بصدقة وسلمها له كانت عنده، أو دبره، أو أعتقه ثم أقر أنه لفلان لم يصدق على إبطال شيء من ذلك، وكذلك في سائر التصرفات، وإذا كان اللقيط امرأة، وتزوجت بزوج، ثم أقرت بالرق لإنسان، وصدقها المقر له فهي أمة للمقر له، ولكن النكاح بينها وبين زوجها على حاله إذ ليس من ضرورة القضاء برقها بطلان النكاح؛ لأن الرق لا ينافي النكاح ابتداءاً وبقاءاً، بخلاف ما إذا أقرت أنها أثبتت أبنة زوجها، وصدقها الأب في ذلك حيث يبطل النكاح؛ لأن الجزئية تنافي النكاح ابتداءاً وبقاءاً، فإذا ثبتت الجزئية انتفى النكاح، ولو أعتقها المقر له لا خيار لها؛ لأن إقرارها بالرق لم يصر في حق الزوج، والأصل في ذلك أن لكل حكم يلحق الزوج فيه ضرر لا يمنكه دفعه عن نفسه، فإنها لا تصدق في إقرارها الرق في حق ذلك الحكم، وفي كل ما يمكنه دفع الضرر عن نفسه يكون مصدقه في حقها، حتى إذا طلقها ثنتين ثم أقرت بالرق يملك مراجعتها ولا يضر طلاقها ثنتين بإقرارها بالرق؛ لأن الزوج يتضرر بذلك على وجه لا يمكنه دفعها عن نفسه، ولو كان طلقها واحدة وأقرت بالرق بعد ذلك؛ صار طلاقها ثنتين؛ لأنه تمكن من دفع الضرر عن نفسه بأن يراجعها ثم يمسكها ولا يطلقها، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه الأحكام، والله أعلم بالصواب. تم كتاب اللقيط من المحيط البرهاني بحمد الله تعالى وحسن توفيقه.

---

(١) بياض بالأصل.

كتاب اللقطة

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:

١ - في أخذ اللقطة والانتفاع بها وتملكها

٢ - في تعريف اللقطة، وما يصنع بها بعد التعريف

٣ - فيما يضمن الملتقط، وفيما لا يضمن إذا هلكت اللقطة في يد الملتقط

٤ - في الخصومة في اللقطة، والاختلاف فيها، والشهادة

الفصل الأول
في أخذ اللقطة والانتفاع بها وتملكها

يجب أن يعلم بأن التقاط اللقطة على نوعين: نوع من ذلك يفترض وهو ما إذا خاف ضياعها، ونوع من ذلك لا يفترض وهو ما إذا لم يخف ضياعها ذلك ينافي أخذها، أجمع عليه العلماء، فاختلفوا فيما بينهم أن الترك أفضل أو الرفع، ظاهر مذهب أصحابنا أن الرفع أفضل؛ لأنه لو لم يرفع هو ربما تصل إليها يد خائنة، وبعض المتقدمين قالوا: الترك أفضل؛ لأن صاحبها يطلبها في المكان الذي سقطت منه، فإذا تركها وصل إليها يد المالك، ومن العلماء من قال: إن كان .....[1] يأمن على نفسه الخيانة، فالرفع أفضل، وإن كان فاسقاً لا يأمن على نفسه الخيانة فالترك أفضل، ثم ما يجده الرجل .....[1] أن صاحبه لا يطلبه كالنورة في مواضع مختلفة، وكقشور الرمان في مواضع متفرقة، وفي هذا الوجه له أن يأخذها وينتفع بها .....[1] وجدها في يده بعدما جمعها، فله أن يأخذها، ولا يصير ملكاً للآخذ، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده، وشمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب اللقطة وهكذا ذكر القدوري في «شرحه» في المسائل المنثورة من «كتاب الحظر» والإباحة.

ووجه ذلك: أن إلقاء هذه الأشياء إذن بالأخذ، وإباحة الانتفاع بها عادة وليس تمليك؛ لأن التمليك من المجهول لا يكون، والإباحة لا تزيل ملك المبيح، والمباح لم ينتفع به على حكم ملكه، فإذا وجدها صاحبها في يده فقد وجد عين ملكه، فكان له الأخذ، وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب اللقطة أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعدما جمعها أو احتجزها وتصير ملكاً للآخذ، وكذلك الجواب في التقاط السنابل، فإن كان الرامي قال حالة الرمي: فليأخذه من يشاء، لا يكون للرامي أن يأخذ بعد ذلك من الأخذ بلا خلاف، وتأويل هذا؛ إذا قال: لأقوام معلومين ذكره الفقيه أبو الليث في فتاويه في كتاب «الهبة والصدقة» أما إذا لم يقل ذلك لأقوام معلومين؛ يكون للرامي أن يأخذه من الآخذ.

وذكر في كتاب البيوع من «فتاوى أبي الليث»: رجل رمى ثوبه لا يجوز لأحد أن يأخذه إلا إذا قال وقت الرمي: فليأخذه من أراد، وتأويله ما ذكرنا، وهذا الذي ذكرنا من التأويل في المسألتين اختيار الفقيه أبي الليث، وبعض مشايخنا قالوا: ليس للرامي أن يأخذ بعد ذلك، وإن لم يقل الرامي ذلك لأقوام [١٠٧ب/ ٢] معلومين، ويستدل هذا القائل بقوله عليه السلام حين نحر بدنة «من يشاء اقتطع»[2] ومعلوم أن هذا لم يختص بقوم معلومين، بل يتناول الكل.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) تقدم الحديث مع تخريجه.

ونوع آخر

يعلم أن صاحبه يطلبه كالذهب والفضة، وسائر العروض وأشباهها، وفي هذا الوجه له أن يأخذها ويحفظها، ويعرضها حتى يوصلها إلى صاحبه، وقشور الرمان والنوى إذا كانت مجمعة فهي من النوع الثاني؛ لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها إنما سقطت منه، فكانت من النوع الثاني، وفي «غصب النوازل» إذا وجد جوزة ثم أخرى ثم أخرى؛ حتى بلغت عشراً، وصار لها قيمة، فإن وجدها في موضع واحد فهي من النوع الثاني بلا خلاف، وإن وجدها في مواضع متفرقة، فقد اختلف المشايخ فيه، قال الصدر الشهيد: والمختار أنها من النوع الثاني بخلاف النوى، وقشور الرمان، ورمي هذه الأشياء إباحة للانتفاع، ولا كذلك الجوز، قيل: إلا إذا وجدها تحت أشجار الجوز في الخريف، فقد تركها صاحبها عند اجتناء الثمار وجمعها، صح له أن يأخذ وينتفع بها؛ لأنه تركها تحت الأشجار في هذا الوقت لانتفاع الناس بها معتاد.

وفي «فتاوى أهل سمرقند» الحطب الذي يوجد في الماء لا بأس بأخذه والانتفاع به وإن كان له قيمة، وكذلك التفاح والكمثرى إذا وجد في نهر جاري لا بأس بأخذه والانتفاع به وإن كثرت.

إذا مر في أيام الصيف بثمار ساقطة تحت الأشجار، فهذه المسألة على وجوه: إن كان ذلك في الأمصار لا يسعه التناول منها إلا أن يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك له نصاً أو دلالة بالعادة؛ لأنه لا عادة ههنا في الإباحة، وإن كان في الحائط، والثمار مما يبقى كالجوز ونحوه لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن، وإن كانت الثمار مما لا يبقى تكلم المشايخ فيه؛ منهم من قال: لا يسعه أن يأخذ ما لم يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك، ومنهم من قال: لا بأس به ما لم يعلم النهي إما صريحاً أو دلالة، وهو المختار، وإن كان ذلك في الرساتيق الذي يقال بالفارسية «مرا ست»، وكان ذلك من الثمار التي تبقى لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن، وإن كان ذلك من الثمار التي لا تبقى يسعه الأخذ بلا خلاف ما لم يعلم الآخذ النهي، وهذا الذي ذكر بأكله إذا كانت الثمار ساقطة تحت الأشجار، أما إذا كانت على الأشجار والأفضل أن لا يأخذ من موضع إلا بالإذن؛ إلا إذا كان موضعاً كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليهم ذلك فيسعه الأكل، ولا يسعه الحمل.

في «واقعات الصدر الشهيد»: حمل . . . . .[1] من السقاية إلى منزله يكره ولا يحل، وفي «فتاوى أهل سمرقند»: امرأة رفعت ملاء امرأة، تركت ملائها عوضاً، ثم جاءت المرأة التي أخذت ملائها، وأخذت ملاء المرأة الآخرة ليس لها أن تنتفع بها، وطريق ذلك أن تتصدق بهذه الملاء على ابنتها إن كانت فقيرة على نية أن الثواب لصاحبتها إن رضيت، ثم تهب الابنة الملاءة منها فيسعها الانتفاع بها؛ لأنها بمنزلة اللقطة، ولا يحل الانتفاع ابتداءاً إن كانت غنية، ويحل إن كانت فقيرة، وكذلك الجواب

(١) بياض بالأصل.

في المكعب إذا سرق وترك عوضاً، وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا كان في المقبرة حطب يجوز للرجل أن يحتطب منها، هكذا ذكر في «العيون» وهذا إذا كان يابساً، فأما إذا كان رطباً يكره كذا ذكر في «فتاوى أبي الليث»؛ لأنه ما دام رطباً يسبّح، وربما يكون للميت أنس بتسبيحها، ولهذا قلنا: بيع الحشيش الرطب بلا حاجة لا يستحب؛ لأنه ما دام رطباً يسبح.

في «شرح القدوري» في كتاب الحظر والإباحة عن أبي يوسف: في رجل ألقى شاة ميتة فجاء آخر وأخذ صوفها كان له أن ينتفع به، ولو جاء صاحب الشاة بعد ذلك كان له أن يأخذ الصوف منه، ولو سلخها ودبغ جلدها ثم جاء صاحبها كان له أن يأخذ الجلد، ويرد ما زاد الدباغ فيه.

في «واقعات الناطفي»: إذا أسقط في الطريق في أيام الصبغ فيها القز ورق الشجر، إلى أن ينتفع بورقه كالثوب وأشباهه، فليس له أن يأخذه، وإن أخذه ضمنه؛ لأنه مملوك منتفع، وإن كان ورق شجر لا ينتفع به له أن يأخذ، في «فتاوى الفضلي» المزارع إذا التقط السنابل بعدما حصد الزرع وجد، كان له خاصة؛ لأنه لو لم يلتقطها المزارع لم يلتقطها رب الأرض، وكان مباح التملك، فإن كان الأرض لليتامىٰ يجوز، إن ترك السنابل إن كانت السنابل بحيث لو استؤجر على جمع ذلك أمراً يبقى للصبي بعد موت الأجير شيء ظاهر لا يجوز تركه، قال: وهو كثوب خلق رماه صاحبه فرفعه غيره كان له، وقد ذكرنا مسألة الثوب قبل هذا، وفي «مزارعة النوازل» . . . . .[1] بقيت فيها فانتهبها الناس، قال الفقيه أبو بكر: إذا تركها أهلها ليأخذها من يشاء من ذلك لا بأس به، وهو نظير من يرفع زرعه، ويترك عنه السنابل، فالتقطها غيره لا بأس به كذا ههنا، في «النوازل» ما يجمع لله في . . . . .[1] الذي هو حر من الأوقية هل يطيب لهم؟ إن كان بحال يسيل الدهن من خارج الأوقية لا من داخلها يطيب؛ لأن ما هو خارج الأوقية فليس بمستتر، أو كان الدهن يسيل من داخل الأوقية أو من الداخل والخارج، أو لا يعلم، فإن زاد الدهان لكل واحد من المشتري شيئاً طاب له ما ينظر، وإن لم يزد لا يطيب ويتصدق به، ولا ينتفع به إلا أن يكون محتاجاً؛ لأن سبيله سبيل اللقطة، والحكم في اللقطة هذا على ما يتبين إن شاء الله تعالى.

قوم أصابوا بعيراً مذبوحاً في طريق البادية إن لم يكن قريباً من الماء، ووقع في الظن أن صاحبه فعل ذلك؛ لأنه أباحه للناس فلا بأس بالأخذ والأكل، وفي «العيون» وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا أذن فيها صاحبها جاز الأخذ في الأصل، في كراهية «فتاوى أهل سمرقند» رجل له دار يؤاجرها، فجاء إنسان بإبله فأناخ في داره، واجتمع من ذلك بعير كثير، قال: إن ترك صاحب الدار ذلك على وجه الإباحة، ولم يكن من دابة أن . . . .[1] وكل من أخذ هو أولى، وإن كان من رأي صاحب الدار أن . . . .[1] فصاحب الدار أولى؛ [١٠٨أ/ ٢] لأنه أعد الدار للاحتراز.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «نوادر هشام» في سرقين الدابة في الخان إذا ذهب صاحبها فهي لمن أخذها؛ لا لصاحب الخان، وفي «دعوى الفضلي» رجل قاطع داراً شيئاً معلومة، وسكنها، فاجتمع فيها سرقين كثيرة، وقد جمع المقاطع، فهي لمن هذا مكانه، وإن لم يفعل ذلك أحد، فهي لمن سبقت يده إليها بالأخذ والرفع، وكان القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله يقول: هي لمن سبقت يده إليها بالرفع على كل حال، وكان لا يعتبر تمدي المكان حتى قال: إذا ضرب حائطاً، وجعل موضعاً يجتمع فيه الدواب فسرقينها لمن سبقت يده إليها، بخلاف ما إذا . . . .(١) مكاناً لأجل الصيد؛ لأن هناك ما اعترض على فعله لحل مغتبر من غيره؛ لأنه لا عبرة لفعل الصيد، وههنا اعترض على فعله فعل معتبر من غيره، وهو إدخال صاحب الدواب الدواب في هذا المكان.

وفي «فتاوى أبي الليث»: سئل أبو نصر عن الغنم يجتمع في مكان فيجمع من ذلك بعر كثير في آخره التقطها قال: إن كان أرباب الغنم جمعوا ذلك، أو نصبوا مرابض لغنمهم ليجتمع بعرها، أو كانوا يشحون على ذلك لا يجوز لأحد أن يأخذ ذلك من غير إذنهم، وإن لم يكن شيء من ذلك فلا بأس بالأخذ منه، وفي «دعوى الفضلي»: ساحة فضاء يطرح فيها أصحاب السكة التراب والسرقين والرماد ونحوه، حتى اجتمع من ذلك شيء كثير، فإن كان أصحاب السكة طرحوها على معنى الرمي بها وكان صاحب الساحة هيأ الساحة لذلك، فهي لصاحب الساحة، وإن لم يكن هيأ الساحة لذلك فهي لمن سبقت يده إليها بالرفع، وكان القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي يفتي لمن سبقت يده إليها على كل حال.

وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل له فرخ حمام اختلط بها حمام أهل لغيره لا ينبغي له أن يأخذه، وإن أخذه يطلب صاحبه؛ لأنه في معنى الضالة واللقطة؛ فإن فرخ عنده، فإن كان الأم غريباً لا يتعرض لفرخه، وإن كان الأم لصاحب البرج والغريب ذكر، فالفرخ له؛ لأن الفرخ والبيض متولد من الأم، فيكون لصاحب الأم، فإن لم يعرف أن في برجه غريب لا شيء على صاحب البرج إن شاء الله تعالى، وفي «شرح العبد» لشمس الأئمة السرخسي أن من اتخذ برج حمام، وأوكرت حمامات الناس فيها، فما يأخذ من فراخها لا يحل له؛ إلا إذا كان فقيراً، فيحل له أن يتناول لحاجة، وإن كان غنياً ينبغي أن يتصدق بها على فقير، ثم يشتريها منه بشيء.

وفيه أيضاً: رجل أخذ حمامة في المصر يعلم أن منها لا يكون وحشة فعليه أن يعرفها، وفيه أيضاً ومن أخذ بازياً أوشبهه في سواد أو مصر، وفي رجليه سير، أو خلاخل وهو يعرف أن له أهل، فعليه أن يعرفه، فيرده على أهله، فإنه يتعين ثبوت يد الغير عليه؛ لأنه لا يخرج من القفص مع الخلاخل والسير، فأما إذا انفلت من يد صاحبه، أو أرسله وأياً ما كان لا يزيل ملك صاحبه عنه، فكان بمنزلة اللقطة، وكذلك إذا وجد ظبياً في عنقه قلادة.

(١) بياض بالأصل.

الفصل الثاني
في تعريف اللقطة، وما يصنع بها بعد التعريف

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ، ويقول: أخذتها لأردها، فإن فعل ذلك ثم لم يعرفها بعد ذلك كفى، ومن المشايخ من قال: يأتي على أبواب المساجد وينادي، وقد ذكر محمد رحمه الله في «الكتاب»: يعرفها حولاً، ولم يفصل بين القليل والكثير، عن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان: روى الحسن عنه في «المجرد»: إن كانت مائتي درهم فما فوقها يعرفها حولاً، وإن كان أقل من مائتي درهم إلى عشرة يعرفها شهراً، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها ثلاثة أيام، وروى محمد عنه إن كانت عشرة فما فوقها يعرفها حولاً، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى، وروى الحسن عن أصحابنا: إن كانت مائتي درهم فصاعداً يعرفها حولاً، وإن كانت عشرة فصاعداً يعرفها شهراً، وإن كانت ثلاثة فصاعداً يعرفها عشرة، وإن كانت درهماً فصاعداً يعرفها ثلاثة، وإن كانت دانقاً يعرفها يوماً، وإن كان دون ذلك نظر ثمنه و. . . . .[1] ونصبها في كف فقير.

والفقيه أبو جعفر كان يقول: إذا بلغ مالاً عظيماً بأن كان كيساً فيه ألف درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الشيخ الإمام أنه كان يروي عن محمد يعرف اللقيطة ثلاث سنين قل أو كثر، كان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي يقول: شيء من هذا ليس بتقدير لازم، بل يبني الحكم على غالب الرأي، ويعرف القليل والكثير أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطالب بعد ذلك، وفي «المنتقى»: قدر مدة التعريف في السنور، والطائر بيوم.

ثم على قول من قدر مدة التعريف بحول أو أكثر؛ اختلف المشايخ فيه؛ بعضهم قالوا: يعرفها كل جمعة، وبعضهم قالوا: كل شهر، وبعضهم قالوا: كل ستة أشهر، وهذا كله إذا كانت اللقطة شيئاً يبقى، وأما إذا كانت شيئاً لا يبقى إلى أن ينتهي إلى وقت يخشى عليها الفساد، ثم بعدما مضى مدة التعريف لو لم يظهر لها طالب يدفعها إلى الإمام، هكذا ذكر في «النوازل»، ولم يذكر في «المبسوط» أن الملتقط يدفعها إلى الإمام، قال في «المنتقى»: قال أبو يوسف والحسن: له أن يأمر غيره ويعطيها حتى يعرفها عنه إذا أعجز عن التعريف بنفسه، وإن مات في يده فلا ضمان على أحد في ذلك، ثم إذا دفعها إلى الإمام كان الإمام بالخيار، إن شاء قبل منه، وإن شاء لم يقبل، فإن قبل فهو بالخيار؛ إن شاء عجل تصدقها على الفقراء، وإن شاء أقرضها من رجل موثوق مليء، وإن شاء دفعها مضاربة، والحاصل أن الإمام نصب ناظم الفعل ما رآه أصلح في حق صاحب اللقطة.

وإذا ردها على الملتقط فالملتقط بالخيار إن شاء أمسكها وأدام الحفظ فيها حتى

---

(١) بياض بالأصل.

يظهر له طالب، وإن شاء تصدق بها على أن يكون الثواب لصاحبها، وإن شاء باعها، وإن لم يكن دراهم أو دنانير، وأمسك ثمنها، فإن تصدق وحضر صاحبها فله الخيار؛ إن شاء بعد التصدق والثواب له، وإجازته الصدقة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، وإن شاء لم يجز الصدقة، وعند [١٠٨ب/ ٢] عدم الإجازة إن كانت قائمة في يد الفقير أخذها منه، وإن كانت هالكة كان له الخيار؛ إن شاء ضمن الفقير، وإن شاء ضمن الملتقط، فإن قيل: كيف يضمن الملتقط وقد تصدق بإذن الشرع؟ قلنا: الشرع ما ألزمه التصدق، إنما أذن له في ذلك، ومثل هذا الإذن يسقط الإثم ما لا يسقط عصمةً يثبت حقاً للعبد كالإذن في الرمي إلى الصيد، حتى حكي عن القاضي الإمام أبي جعفر يقول: ما ذكر في «الكتاب» محمول على ما إذا تصدق بغير أمر القاضي، فأما إذا تصدق بأمر القاضي فليس للمالك أن يضمن الملتقط.

وإن كان الملتقط محتاجاً له فله أن يصرف اللقطة إلى نفسه بعد التعريف؛ لأن الصرف إلى فقير آخر والصرف إلى نفسه سواء، وإن كان غنياً فليس له أن يصرفها إلى نفسه، وإن باع القاضي اللقطة أو باع الملتقط بأمر القاضي، ثم حضر صاحبها وهي قائمة في يدي المشتري كان لصاحبها الخيار؛ إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء أبطل البيع وأخذ عين ماله؛ لأن هذا بيع صدر لا عن ولاية، فيتوقف على إجازة المالك، وإن كانت قد هلكت، فالمالك بالخيار؛ إن شاء ضمن البائع، وعند ذلك هذا البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية، وبه أخذ المشايخ، وفي رواية أخرى يبطل البيع، وبه أخذ بعض المشايخ.

وفي الوديعة: إذا باعها المودع، وسلمها إلى المشتري فهلكت في يد المشتري، ثم إن المالك ضمن البائع لم ينفذ البيع باتفاق الروايات، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، وذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرحه»: أن بيع المودع ينفذ من جهته كبيع الملتقط، وأشار إلى المعنى الجامع فقال: الملتقط حين دفعها ليبيعها بغير إذن القاضي صار ضامناً لها فيستند ملكه إلى تلك الحالة فينفذ بيعه، وإن شاء ضمن المشتري قيمتها، ورجع بالثمن على البائع، وجعل استرداد القيمة من يده بمنزلة استرداد العين من يده، في وديعة «فتاوى أهل سمرقند»: غريب مات في دار رجل، وليس له وارث معروف، وخلف من المال ما يساوي في دراهم، وصاحب الدار فقير، فأراد أن يتصدق بها على نفسه، فله ذلك؛ لأنه في معنى اللقطة.

الفصل الثالث
فيما يضمن الملتقط، وفيما لا يضمن إذا هلكت اللقطة في يد الملتقط

فهذا على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يأخذها ليردها على المالك، ويشهد عند الأخذ شاهدين أنه إنما أخذها ليردها على المالك، وفي هذا الوجه لا ضمان؛ لأن أخذها ليردها على المالك مندوب

إليه شرعاً، فلا يصلح سبباً للضمان.

الوجه الثاني: إذا أخذها لنفسه، وأقر بذلك، وفي هذا الوجه هو ضامن؛ لأنه منهي عن الأخذ لنفسه، فيصير غاصباً ضامناً.

الوجه الثالث: إذا ادعا أنه أخذها ليردها على المالك إلا أنه لم يشهد على ذلك، ولكن صدقه أنه أخذها ليردها على المالك وضمنها لا ضمان، وإن كذبه المالك في ذلك، وادعى أنه أخذها لنفسه فعند أبي يوسف القول قول الملتقط مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الظاهر مباشرة ما هو حلال، والحلال من الأخذ ههنا الأخذ للرد على المالك، وعند أبي حنيفة ومحمد القول قول صاحب اللقطة؛ لأن الأصل في عمل الحر أن يكون لنفسه ما لم يوجد دليل يدل على العمل للغير، وذلك الدليل ههنا الإشهاد، فإذا ترك الإشهاد لم يوجد دليل العمل لغيره، فعمل به يتضمنه الأصل.

وإن أشهد أنه التقط لقطة أو ضالة، أو قال: عندي لقطة فمن سمعتموه يطلب لقطة فدلوه عليَّ، فلما جاء صاحبها قال: قد هلكت فهو مصدق، ولا ضمان عليه؛ لأنه تبين بصدر الكلام أنه أخذه للرد، وأنه أمين فيها، وقول الأمين في دعوى الهلاك مقبول، ولا يضره أن يسمي جنسها ولا صنعتها في التعريف؛ لأن ترك تسمية ذلك لتحقيق الحفظ على المالك حتى لا يسمع ذلك إنسان فيدعيها لنفسه، ويرفع الأمر إلى قاضي يرى الاستحلاف لمصيب العامة، وفيه خلاف ظاهر، على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولو وجد لقيطان أو ثلاثة وقال: من سمعتموه ينبذ لقطة فدلوه عليَّ، فهذا تعريف للكل ولا ضمان إن هلكت الكل عنده، في «فتاوى أهل سمرقند» وجد لقطة في طريق أو مفازة، ولم يجد أحداً يشهده عليه عند الأخذ، قال: يشهد إذا ظفر بمن يشهده عليه، فإذا فعل ذلك لا يضمن؛ لأنه ليس في وسعه أكثر من هذا، وإن وجد من يشهده ولم يشهد حتى جاوزه ضمن؛ لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه، وإذا التقط لقطة ليعرضها ثم ردها إلى مكانها الذي وجدها فيه فلا ضمان عليه لصاحبها، وإن هلكت قبل أن يصل إليها صاحبها أو استهلكها غيره؛ لأن الأخذ ليردها على مالكها لا يصلح سبباً للضمان، والرد إلى مكانه لا يصلح سبباً للضمان والرد إلى مكانه لا يصلح سبباً، فامتنع وجوب الضمان.

قال الحاكم الشهيد في «إشاراته»: إن ما ذكر في الكل محمول على ما إذا أعادها بعدما حولها ضمن، وإليه ذهب الفقيه أبو جعفر، وروي عن محمد أنه إذا مشى خطوتين، أو ثلاثة خطوات ثم ردها، ووضعها في الموضع الذي أصابها فيه يبرأ من الضمان، فلا يعتبر هذا القدر من التحويل، وإن كان أخذها لنفسه ثم ردها إلى مكانه فهو ضامن لها؛ لأنه صار ضامناً بالأخذ، والضمان متى وجب لا تقع البراءة منه إلا بالرد على المالك، والإعادة إلى موضعه ليس برد على المالك، وهو نظير ما لو غصب من آخر دابة، ثم ردها على مالكها فلم يجده، وربطها على مكانها.

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف: أنه إذا ردها إلى مكانها من غير أن يذهب بها فلا ضمان من غير فصل، بينما إذا أخذها لنفسه أو أخذها ليعرفها، وإذا ذهب بها؛ ثم ردها

إلى مكانه ضمن على كل حال، وقيل: إذا اعتمد مع الإشهاد أنه يأخذ لنفسه فهو ضامن فيما بينه وبين الله تعالى، وإذا اعتمد التعريف مع ترك الإشهاد فلا ضمان، وقيل: هذا التفصيل فيما إذا أخذها لنفسه، أما إذا أخذها ليعرفها فلا ضمان من غير تفصيل كما ذكر في «الكتاب».

الفصل الرابع
في الخصومة في اللقطة، والاختلاف فيها، والشهادة

في «المنتقى» ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل التقط لقطة، وضاعت منه ثم وجدها في يد رجل آخر فلا خصومة بينهما، قال: وليس الملتقط في [١٠٩أ/ ٢] هذا كالمستودع، والفرق وهو: أن المستودع مأمور في الحفظ من جهة المالك نصاً، ولا يتهيأ له الحفظ إلا باسترداد فكان مأموراً من جهة المالك بالاسترداد والخصومة ولا كذلك الملتقط.

إذا وجد الرجل لقطة وهي دراهم أو دنانير فجاء رجل وادعى أنها له، وسمى وزنها وعددها ووعاءها وأصابها، فلم يصدقه الملتقط فعلى قول مالك يجبر الملتقط على دفعها إليه، وعلى قول علمائنا لا يجبر، بل يخير إن شاء دفعها، وإن شاء أبى حتى يقيم البينة؛ لأن إصابة العلامة محتمل في نفسه قد يكون جزافاً، وقد يعرف الإنسان ذلك في ملك غيره، وقد يسمع من مالكه عند طلبه، والمحتمل لا يكون حجة للإلزام، فإن دفعها إليه أخذ منه كفيلاً نظراً منه لنفسه، فلعله يأتي مستحقها، فيضمنها إياه، ولا يتمكن من الرجوع على هذا الأخذ؛ لأنه يخفي شخصه فيحتاط بأخذ الكفيل.

وإن صدقه دفعها إليه، ولم يذكر محمد رحمه الله في «الأصل» أنه إذا أبى هل يجبر على الدفع، وقد اختلف المشايخ فيه؛ بعضهم قالوا: لا يجبر، وقاسه على ما إذا كان في يد رجل وديعة فجاء رجل، وقال: إني وكيل المودع في استرداد الوديعة منك، فصدقه لا يجبر على الدفع إليه؛ لأنه أقر بحق القبض في ملك الغير فكذا هذا، وبعضهم قالوا: يجبر على الدفع بخلاف مسألة الوديعة.

والفرق في مسألة الوديعة: الملك لغير الذي حضر ظاهر في الوديعة، فأما في اللقطة ليس لغير الذي حضر ملك ظاهر، ثم إذا دفعها إليه في هذه الصورة في آخر، وأقام بينة أنها له إن كان العين قائماً في يد القابض يقضى بالعين للمدعي، وإن كان هالكاً كان للمدعي خياراً في التضمين، فإن ضمن القابض فالقابض لا يرجع على الملتقط، وإن ضمن الملتقط، فالملتقط هل يرجع على القابض؟ ذكر هذه المسألة في كتاب اللقطة في موضعين، قال في موضع: يرجع، وقال في موضع: لا يرجع، ومن المشايخ من وفق بين الروايتين، والأصح أن في المسألة روايتان؛ والاعتماد على رواية الرجوع.

وإذا وجد شاة أو بقرة أو بعيراً وحبسها، وأنفق عليها في مدة التعريف، ثم جاء

رجل وأقام بينة أنها له لم يرجع بما أنفق، إلا إذا كان الإنفاق بأمر القاضي، وإذا رفع الأمر إلى القاضي، فالقاضي لا يأمره بالإنفاق ما لم يقم بينة أنه التقطها نظراً للمالك، وقدمنا نظيره قبل هذا، فإن قال: لا بينة لي، فالقاضي يقول له: أنفق عليها إن كنت صادقاً، فإن كان صادقاً يرجع، وإن كان كاذباً لا يرجع.

قالوا: إذا كانت اللقطة شيئاً يخاف عليها الهلاك متى لم ينفق عليها إلا أن يقم البينة فالقاضي يقول له: أنفق عليها إن كنت صادقاً، فإن أقام بينة عند القاضي أمره بالإنفاق يومين أو ثلاثة، بعد هذا إن كانت اللقطة شيئاً يمكن إجارتها مؤاجرة ينفق عليها من أجرها، وإن كانت شيئاً لا يمكن إجارتها باعها القاضي بنفسه، أو أمر الملتقط بالبيع، وأعطى الملتقط من الثمن ما أنفق بأمره، وإن لم يبعها حتى جاء صاحبها، وأقام بينة قضى به القاضي له، وقضى عليه بما أنفق الملتقط، وكان للملتقط أن يحبسها منه حتى يعطيه ما أنفق، وهذا لا يشكل فيما إذا أمر بالإنفاق على أن يكون ديناً على صاحبها إذا لم يشترط ذلك، فظاهر ما ذكر في هذا الكتاب يقتضي الرجوع، قال شيخ الإسلام: يجب أن يكون في المسألة روايتان على نحو ما بينا في اللقيط.

في «المنتقى» إذا قال الرجل: وجدت لقطة وضاعت في يدي، وقد كنت أخذتها لأردها على مالكها، وأشهدت بذلك، ، وكان الأمر كما قال من الأخذ للرد على المالك والإشهاد بذلك، إلا أن صاحبها يقول: ما كانت لقطة، وإنما وضعتها بنفسي لا يرجع واحد، فإن كان في موضع ليس يقربه أحد، أو كان في طريق، فالقول قول الملتقط إذا حلف أنها ضاعت عنده، وإن كان لا يدري ما قصتها ضمن الملتقط، وإن قال صاحبها: أخذتها من منزلي، فقال الملتقط: أخذتها من الطريق ضمن، وإن وجدها في دار قوم أو في منزلهم أو في نار فارغة ضمن، إذا قال صاحبها: وضعتها لأرجع فآخذها، والأصل في ذلك كله أن أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان، بعضه الأصل إلا إذا كان الأخذ على وجه الحفظ بأن يكون في الطريق، أو يكون في مكان لا يكون يقربه أحد؛ لأنه يعوض التوىٰ، والتلف إذا كان بهذه الصفة، فكان الأخذ للرد على المالك، والحالة هذه من باب الحفظ، فما لم يعلم ذلك أعمل فيه بعض الأصل.

وفي «الأصل» إذا قال المالك: أخذت مالي غصباً، وكان الملتقط يقول: كانت لقطتة، وقد أخذتها لك، فالملتقط ضامن من غير تفصيل، وإذا كانت اللقطة في يدي مسلم، فادعاها رجل فأقام عليه الثلاثة وأقر الملتقط بذلك أو لم يقر ولكن قال: لا أردها عليك إلا عند القاضي فله ذلك، وإن مات في يده عند ذلك فلا ضمان، في «المنتقى»: وإذا كانت اللقطة في يد مسلم ادعاها رجل، وأقام على ذلك شاهدين كافرين لا تقبل هذه الشهادة، وإن كانت في يدي كافر، وباقي المسألة بحالها، فكذلك قياساً؛ لأني أدري بعلمها بكل مسلم.

وفي الاستحسان: تقبل الشهادة؛ لأن المستحق بهذه الشهادة في الحال اليد وإنها للكافر، وأما الكل فكما يتوهم أن تكون للمسلم يتوهم أن تكون للكافر، فيعارض

الموهومان فيسقط اعتبارهما وتثبت العبرة لليد، وإن كان في يد كافر ومسلم لم تجز شهادتهما على واحد منهما قياساً، وفي الاستحسان جازت الشهادة على الكافر، وقضي بما في يد الكافر لما قال في «المنتقى» بشر عن أبي يوسف رحمه الله: سارق دفع إلى رجل متاعاً فينبغي للمدفوع إليه أن يتصدق به إذا لم يعرف صاحبه، وإن عرف صاحبه ردَّه عليه، ولا يدفعه إلى السارق، ولا ينبغي له ذلك، ألا ترى أنه لو وصل إلى أخذه بقي له أن يأخذه، ويرده على المالك، وهو ما جوز في ذلك، فكيف يدفعه إلى السارق بعدما وصل إليه، والله أعلم بالصواب.

تم كتاب اللقطة من المحيط البرهاني بحمد الله وحسن توفيقه. [١٠٩ب/ ٢].

كتاب الإباق

هذا الكتاب يشتمل على ستة فصول:

١ ـ في أخذ الولد، وما يصنع به بعد الأخذ

٢ ـ في بيان مقدار الجعل

٣ ـ فيمن يستحق الجعل ومن لا يستحق

٤ ـ في بيان وجوب الضمان على راد الآبق

٥ ـ في الاختلاف الواقع في الإباق

٦ ـ في التصرفات في الآبق

الفصل الأول
في أخذ الولد، وما يصنع به بعد الأخذ

ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه أنه ينبغي للمراد أن يأتي بالآبق إلى الإمام، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: إذا جاء به القاضي وقال: هذا عبد آبق، هل يصدقه القاضي من غير بينة؟ فقد اختلف المشايخ فيه، ثم إذا صدقه وأخذه منه حبسه إلى أن يحجر له طالب، ويكون هذا الحبس بطريق التعزير، ومن هذا المعنى يقع الفرق بين الأبق وبين الضال والضالة، فإن القاضي لا يحبسهما؛ لأنهما لا يستحقان التعزير ولا كذلك الأبق، وينفق عليه في هذا الحبس من بيت المال؛ لأنه محتاج إلى النفقة عاجز عن الكسب ما دام محبوساً.

ولو أمره القاضي ليخرج، ويكتسب فأبق ثانياً، فكان النظر في الإنفاق من بيت المال، ثم إذا حبسه الإمام في بيت رجل، وأقام بينة أنه عبده قبل القاضي بينته، ولم يذكر محمد رحمه الله أن القاضي هل ينصب له خصماً، قال شمس الأئمة الحلواني: اختلف المشايخ فيه؛ بعضهم قالوا: ينصب خصماً، فلم تقبل هذه البينة، وبعضهم قالوا: يقبل القاضي هذه البينة من غير أن ينصب خصماً، فطريقه ما ذكرنا قبل هذا.

قال: ويحلف المدعي بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفع إليه، فإن قيل: كيف يستحلفه وليس ههنا خصم حاضر يدعي ذلك؟ قلنا: يستحلفه لقضائه، أو يستحلفه نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه بنفسه من مشتري أو موهوب له، فإذا حلف دفعه إليه، وهل يأخذ منه كفيلاً؟ ذكر في رواية أبي حفص لا أحب له أن يأخذ كفيلاً، ولو أخذ لا يكون مسناً.

وذكر في «نوادر ابن سليمان»: أحب إليَّ أن يأخذ منه كفيلاً، ولو لم يأخذ كان في سعة منه، واختلف المشايخ فيه، منهم من قال: ما ذكر في رواية أبي حفص قول أبي حنيفة، وما ذكر في رواية ابن سليمان قولهما؛ بناءاً على أن أبا حنيفة لا يرى الكفيل للمجهول، وهما يريان ذلك، ومنهم من قال: في المسألة روايتان؛ وهو الأصح، ولكن ما ذكر في رواية ابن سليمان أحوط لجواز أن يظهر له مستحق آخر.

وإن لم يكن للمدعي بينة، وأقر العبد أنه عبده دفعه إليه، وأخذ منه كفيلاً؛ لأن العبد مع المدعي تصادقا على أنه ملك المدعي ولا منازع لهما، ولم يذكر في «الكتاب» أن القاضي يتحر في الدفع إليه، أو يجب عليه الدفع، إنما ذكر دفعه إليه، وقد اختلف المشايخ فيه، وإنما يأخذ الكفيل ههنا؛ لأن الدفع إليه بما ليس بحجة عند القاضي فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل، بخلاف الفصل الأول على إحدى الروايتين، فإن لم يجيء للعبد طالب، وطال ذلك باعه القاضي وأمسك ثمنه، ولا يؤاجره بخلاف العبد الضال إذا حجر به إلى القاضي فالقاضي لا يبيعه بل يؤاجره؛ لأن الآبق لا يؤمن بأن يأبق ثانياً لو آجره ولم يبعه، ربما يأتي بنفقته جميع ثمنه، فكان البيع أنفع في حق المولى، ولا كذلك الضال فإنه يؤمن منه الإباق، فكانت الإجارة، وفيها آبقاً العين على ملك المولى أنفع في

حق المولى ثم القاضي يرجع بما أنفق على الآبق مدة حبسه في ثمنه إن باعه، وإن حضر مولاه يرجع عليه بذلك أخذ الآبق لم يقدر على أخذه أفضل من الترك، وفي حال الضال اختلف المشايخ.

الفصل الثاني
في بيان مقدار الجعل

وإذا أخذ آبقاً ورده على مولاه؛ إن كان أخذه من مسيرة سفر أو أكثر فله أربعون درهماً لا يزاد عليه، وإن كان عليه قيمته أربعين تنقص عن الأربعين درهم عند محمد، وهو قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر له الجعل حملاً؛ لأن وجوب الجعل عرف بإيجاب الصحابة رضوان الله عليهم، وهم أوجبوا أربعين درهماً من غير أن يتعرضوا لقيمة العبد.

وإن كانت قيمته دون أربعين درهماً، فعلى قول محمد؛ وهو قول أبي يوسف الأول يحط عن قيمته درهم، ويجب الباقي حتى إذا كانت قيمته عشرة دراهم تجب تسعة دراهم، وعلى قول أبي يوسف الآخر يجب الجعل كله، وروي عن أبي يوسف رواية أخرى فيما إذا قيمته أربعون أنه ينقص من الجعل ما يقطع فيه العد، وإن كان أخذه في المصر أو خارجاً منه، ولكن ما دون مسيرة السفر يرضخ له هكذا ذكر في «الأصل»، وفي «المجرد» عن أبي حنيفة رضي الله عنه: إذا وجده في المصر فلا شيء له، ثم إذا وجب الرضخ إن اصطلح الراد والمردود عليه على شيء فالمراد ذلك، وإن اختصما عند القاضي، فالقاضي يقدر الرضخ على قدر المكان، هكذا قاله بعض مشايخنا.

وتفسيره: أنه وجب للراد من مسيرة ثلاثة أيام أربعون درهماً، فيكون بإزاء كل يوم ثلاثة عشر درهماً وثلث درهم فيقضى بذلك إن رده من مسيرة يوم، وإليه أشار في «الكتاب»، وبعضهم يفوض إلى رأي الإمام، وهذا ليس بالاعتبار.

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: والحكم في رد الصغير؛ كالحكم في رد الكبير، إن رده من مسيرة السفر فله أربعون درهماً، وإن كان رده مسيرة السفر، فله الرضخ ويرضخ في الكبير أكثر مما يرضخ في الصغير إن كان الكبير أشدهما مؤنة. قالوا: وما ذكر من الجواب في الصغير محمول على ما إذا كان صغيراً يعقل الإباق، أما إذا كان صغيراً لا يعقل الإباق فهو ضال، ورأوا الضال لا يستحق الجعل، وقد نص على هذا التفصيل في «المنتقى».

وإن كان الدين بين رجلين فالجعل عليهما على قدر أنصبائهما، فإن كان أحد المولين حاضراً والآخر غائباً، فليس للآخر أن يأخذه حتى يعطيه جعله كله، وإذا أخطأه لم يكن متطوعاً؛ لأنه مضطر في أداء حصة صاحبه، وهو نظير المشتريين صفقة واحدة إذا أدى أحدهما كل الثمن.

وإن كان الآبق رجل؛ والراد رجلان، فالجعل بينهما على السواء، وإن كان الآبق رهناً فجاء به رجل فهو رهن على حاله، والجعل على المرتهن إن كانت قيمته مثل الدين؛ لأن الجعل للراد يسبب إحياء المالية، والإحياء بقدر الدين حصل للمرتهن، ألا ترى أنه لو لم يرده حتى تحققت . . . .[1] أسقط دين المرتهن، والجعل يخالف النفقة، فإن نفقة المرهون على الراهن، وجعل المغصوب إذا أبق [١١٠أ/٢] من يد الغاصب، وإذا كان الآبق خدمته لرجل ورقبته لرجل؛ فالجعل على صاحب الخدمة؛ لأن منفعة الرد في الحال لصاحب الخدمة، فكان هو المخاطب بالجعل في الحال، وإذا انقضت الخدمة رجع صاحب الخدمة بالجعل على صاحب الرقبة أو يباع العبد فيه؛ لأن صاحب الرقبة صاحب أصل.

ولمن جاء بالعبد الآبق أن يمسكه حتى يستوفي الجعل؛ لأنه استوجب الجعل بإحياء المالية، فكان بما استوجب تعلقاً بالمالية، فيحبسه به كما يحبس البائع المبيع بثمنه، وإن هلك في يده بعدما قضى القاضي له بالإمساك بالجعل، أو قبل المرافعة إلى القاضي فلا ضمان ولا جعل، وإذا صالح الذي جاء بالآبق مع مولاه من الجعل على عشرين درهماً جاز؛ لأنه يجوز بدون حقه، وإن صالح على خمسين درهماً وهو لا يعلم أن الجعل أربعون جاز بقدر أربعين، وبطل الفضل، وإذا أبقت الأمة ولها صبي رضيع فردهما رجل فله جعل واحد، إلا إذا ارتهن فحينئذ تجب ثمانون درهماً وإذا رجع الواهب في الهبة بعدما رد الموهوب من إباقه، فالجعل على الموهوب له؛ لأن الرد إحياء المالية له بالرد إليه، فزوال ملكه بعد ذلك بالرجوع لزوال ملكه بموت العبد.

الفصل الثالث
فيمن يستحق الجعل ومن لا يستحق

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا كان المكاتب لا يستحق الجعل؛ لأن استحقاق الجعل بالرد لإحياء مالية الرفعة بالردة، وذلك لا يوجد في المكاتب؛ لأن حق المولى في بدل الكتابة في ذمته خاصة، ولم يصر ذلك على شرف الهلاك بإباقه حتى يكون في الرد إحياؤه، ولراد المدبر وأم الولد الجعل، وهذا الجواب مشكل في أم الولد؛ لأن الجعل يستحق بإحياء المالية، والمالية لأم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة رضي الله عنه، والجواب أن لها مالية باعتبار الكسب، فإنه أحق بكسبها، وقد أحيا الراد بالرد بخلاف المكاتب؛ لأن كسب المكاتب له لا حق للمولى فيه، فالراد بالرد لا يحيي مالية للمولى لا باعتبار القيمة، ولا باعتبار الكسب، ولو مات المولى قبل أن يصل بها إليه، فلا جعل، وإن كان على المدبر سعاية ورده إلى الورثة فلا جعل؛ لأنه رد حراً عندهما، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه رد مكاتباً، ولا رد بجعل المكاتب، ولا جعل للوصى إذا رد

---

(١) بياض بالأصل.

عبداً لهم، وكذلك كل من يعول صغيراً، ولا جعل للسلطان إذا رد آبقاً؛ لأنه فعل ما هو واجب عليه، وكذلك رآه بأن . . . .[(١)] إذا رد المال من المدبر القطاع فلا شيء لهما، ولا جعل للابن إذا رد آبقاً لأبيه، وللأب الجعل إذا رد آبقاً للابن إذا لم يكن الآبق في عيال الابن؛ وهذا لأن رد الآبق على المولى نوع خدمة في حق المولى، وخدمة الأب مستحقة على الابن، وإقامة ما هو مستحق عليه الإنسان لا يقابل بالأجر، فأما خدمة الابن غير مستحقة على الأب، فيجوز أن يقابل بالأجر، إلا أن الأب إذا كان في عيال الابن لا يستحق الجعل؛ لأن أبق الرجل يطلبه من هو في عياله عادة، ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلاً آخر.

وفي «البقالي»: روي أن الأب لا يستحق الجعل والابن يستحق، ولأحد الزوجين الجعل على صاحبه برد آبقه، والأخ يستحق الجعل على أخيه وأخته استحساناً إذا لم يكن الراد في عيال المردود عليه، وإذا جاء بالعبد الآبق ليرده على مولاه فوجده قد مات فله الجعل في تركته، وإن لم يكن له مال سوى العبد . . . .[(١)] بالجعل، وإن كان الذي جاء به وارث الميت فلا يخلو أما إن كان ولده أو لم يكن ولده ولكن كان في عياله، أو لم يكن ولده ولم يكن في عياله؛ أجمعوا على أنه لو أخذه في حال حياة المورث ورده في حال حياة المورث أن له الجعل، وأجمعوا على أنه لو أخذه بعد وفاة المورث، ورده أنه لا جعل له، وأما إذا أخذه في حال حياة المورث وجاء به إلى المصر في حياته أيضاً إلا أنه سلمه بعد الموت، قال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما: يجب الجعل له في حصة شركائه، وقال أبو يوسف لا يجب، وإن كان الراد ولداً أو لم يكن ولداً، ولكن كان في عياله لا يستحق الجعل على كل حال.

رجل قال لغيره: إن عبدي قد أبق إن وجدته فخذه، فقال المأمور: نعم، فأخذه المأمور، وعلى مسيرة ثلاثة أيام وجاء به إلى المولى فلا جعل له؛ لأن المولى قد استعان منه في رده عليه، وقد وعد له الإعانة، والعين لا يستحق شيئاً، أخذ آبقاً من مسيرة ثلاثة أيام، وجاء به ليرده على مولاه، فلما أدخله المصر أبق منه قبل أن ينتهي إلى مولاه، فأخذه رجل في المصر، ورده على المولى فلا شيء للأول؛ لأن سبب استحقاق الجعل إحياء المالية بالرد على المولى، ولم يوجد من الأول الرد على المولى، ويرضخ للثاني على قدر غيابه على نحو ما بينا.

وإن أخذاه بعد ذلك في المصر أو في مسيرة يوم فللأول نصف الجعل تاماً، ورضخ للثاني على قدر غيابه؛ لأنهما هما السبب بالرد على المولى، ويجعل في حق الأول كأنهما رداه في مسيرة السفر، ذكر في «الأصل» وفي «المنتقى»: جاء بالآبق من مسيرة ثلاثة أيام ليرده على المولى، فأخذه منه غاصب، وجاء به الغاصب إلى مولاه، ثم جاء الآخذ الأول، وأقام بينة أنه أخذه من مسيرة ثلاثة أيام أخذ الجعل ثانياً من المولى، ويرجع المولى على الغاصب بما أخذ منه.

---

(١) بياض بالأصل.

وفيه أيضاً أخذ آبقاً من مسيرة ثلاثة أيام، وجاء به يوماً، ثم أبق العبد منه، وسار يوماً نحو المصر الذي فيه المولى، وهو لا يريد الرجوع إلى المولى، ثم إن ذلك الرجل أخذه ثانياً، وجاء به اليوم الثالث، فدفعه إلى المولى، فله جعل اليوم الأول والثالث، وهو كالجعل، ولو كان حين أبق من الذي أخذه وجده مولاه فلا جعل للذي أخذه، ولو كان العبد فارق الذي أخذه وجاء متوجهاً إلى مولاه لا يريد الإباق فللأول جعل يوم، وفيه أيضاً؛ أخذا عبداً آبقاً ودفعه إلى رجل، وأمر له أن يأتي به مولاه، ويأخذ منه الجعل فيكون له؛ يعني للمأمور، فقدم به ودفعه إلى مولاه أخذ الجعل منه، ويكون لو قال ثمة، وهو بمنزلة دين [١١٠ب/ ٢] لرجل على رجل، وهبه من رجل وأمره بقبضه فقبضه.

في «الأصل»: عبد أبق إلى بعض البلدان، فأخذه رجل، واشتراه منه رجل آخر وجاء به لا جعل له، إنما رده لنفسه، فإن المشتري يكون غاصباً لملك المشتري فيكون غاصباً في حق المولى لا عاملاً له في الرد، فإن كان حين اشتراه أشهد أنه إنما اشتراه ليرده على صاحبه؛ لأنه لا يقدر عليه إلا بالشراء؛ فله الجعل لأنه بهذا الإشهاد أظهر أنه في الرد عامل للمولى، فلا يرجع على المولى بما أدى من الثمن قل أو كثر، وإن وهب له أو أوصى له به أو ورثه، فالجواب فيه كالجواب في الشراء، ولا يستحق الجعل.

أخذ عبداً آبقاً وجاء به ليرده على مولاه، فلما نظر إليه المولى أعتقه، ثم أبق من يد الآخر، كان له الجعل؛ لأن الإعتاق نص معنى؛ لأنه إتلاف للمالية، فقد وصل العبد إلى المولى معنى، ألا ترى أن المشتري لو أعتق المشترى قبل القبض صار قابضاً له كذا ههنا، ولو كان دبره والمسألة بحالها فلا جعل له؛ لأن التدبير ليس بقبض؛ لأنه لا يتلف به المالية، فلم يصل العبد إلى يد المولى أصلاً.

ولو كان الآخذ حين سار به ثلاثة أيام أبق منه قبل أن يأتي به إلى المولى، ثم أعتقه المولى فلا جعل؛ لأن المولى لم يصر قابضاً من يد الآخذ؛ لأنه حين أعتقه لم يكن في يد الآخذ، ولو جاء به إلى مولاه فقبضه، ثم وهبه منه فعليه الجعل، ولو وهبه منه قبل أن يقبضه فلا جعل له؛ لأنه لم يصل إلى المولى من جهة لا بصورته ولا بمعناه، ولو باعه منه قبل أن يقبضه فعليه الجعل؛ لأنه وصل إلى المولى عوضه، فصار كما لو وصل إليه عينه بهذه الجملة. وفي «العيون» قال شمس الأئمة الحلواني: الراد إنما يستحق الجعل إذا أشهد عند الأخذ أنه إنما أخذه ليرده على المالك أما إذا ترك الإشهاد لا يستحق الجعل وإن رده على المالك.

الفصل الرابع
في بيان وجوب الضمان على راد الآبق

إذا مات الآبق عند الآخذ أو أبق منه قبل أن يرده على المولى؛ فإن كان حين أخذ أشهد أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه لا ضمان عليه، وكذلك إذا قال وقت الأخذ: هذا

آبق أخذته فمن وجد له طالباً فليدله عليّ فلا ضمان عليه؛ لأنه وجد منه الإشهاد. قال شمس الأئمة الحلواني: وليس من شرط الإشهاد أن يكرر ذلك، والحر يكفي بحيث لا يقدر على أن يكتم إذا سئل، وهكذا في اللقطة.

وأما إذا ترك الإشهاد، وكان الإشهاد ممكناً كان عليه الضمان عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، وهذا إذا علم كونه آبقاً، وإن أنكر المولى أن يكون عبده آبقاً فالقول قوله، والآخذ ضامن إجماعاً؛ لأن سبب وجوب الضمان قد ظهر من الآخذ، وهو أخذ مال الغير بغير إذنه، فهو يعبر عن المسقط وهو الإذن شرعاً بكون العبد آبقاً، وإذا أخذ عبداً آبقاً فادعاه رجل وأقر له بالعبد فدفعه إليه بغير أمر القاضي فهلك عنده، ثم استحقه آخر بالبينة، فله أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الدافع رجع به على القابض، وإن كان لم يدفع إلى الأول حتى شهد عنده شاهدان أنه عبده، فدفعه إليه بغير حكم، ثم أقام الآخر البينة أنه له، قضى به للثاني؛ لأن البينة الأولى قامت في غير مجلس الحكم، فلا يكون معارضة للبينة التي قامت في مجلس الحكم.

فإن أعاد الأول البينة لم ينفعه أيضاً؛ لأن العبد في يده، وحقه في اليد في الملك المطلق، لا يعارض بينة الخارج، وإذا أخذ عبداً آبقاً وباعه بغير أمر القاضي حتى لم يصح البيع، وهلك العبد في يد المشتري، ثم جاء رجل فادعاه، فأقام البينة أنه عبده، فالمستحق بالخيار؛ إن شاء ضمن المشتري، وعند ذلك يرجع المشتري بالثمن على البائع، وإن شاء ضمن البائع قيمته، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع، ويكون الثمن له، ويتصدق بما فضل على القيمة من الثمن؛ لأنه ربح حاصل لا على ملكه بسبب كسب خبيث.

الفصل الخامس
في الاختلاف الواقع في الإباق

إذا أنكر المولى أن يكون عبده آبقاً فلا جعل للراد؛ إلا أن يشهد الشهود أنه أبق من مولاه، أو على إقرار المولى بالإباق، وإذا أبق العبد وذهب بمال المولى، فجاء رجل وقال: ما أخذت منه شيئاً فالقول قوله، ولا شيء عليه، ولا يكون وصول يده إلى العبد دليلاً على وصول يده إلى المال ما لم يعلم كون المال في يد العبد حين أخذ العبد، فالمولى يدعي عليه ذلك، وهو ينكر، فيكون القول قوله، كما لو ادعى عليه أنه غصبه مالاً آخر، وهو ينكر، فإن أقر، فإذا أنكر يستحلف . . . .[1] ليقوم ذلك مقام إقراره.

(١) بياض بالأصل.

الفصل السادس
في التصرفات في الآبق

بيع الآبق من الأجنبي أو من ابن صغير له لا يجوز، وبيعه ممن في يده يجوز، وهبته من الأجنبي لا يجوز، وإن وهب من ابن صغير له؛ إن كان مرة أبقى إلىٰ دار الإسلام، وإن أبق إلى دار الحرب؛ اختلف فيه المشايخ، وروى قاضي الحرمين أنه لا يجوز، ويجوز إعتاقه عن كفارة ظهاره، ولو وكل المولى رجلاً يطلب الآبق، فأصابه الوكيل، وهو لا يعلم به، ثم باعه المولى من إنسان، ولا يعلم البائع والمشتري أن الوكيل أصابه فالبيع باطل، حتى يعلم أن الوكيل أصابه، وإن أخذ الآبق رجل، وآجره الآخذ فالأجرة له؛ لأنها وجبت بعقده، ويتصدق بها؛ لأنها حصلت بكسب خبيث، فإن دفعه إلى المولى مع القيد، وقال: هذه غلته عندك، وقد سلمته لك فهي للمولى، ولا يحل للمولى أكلها قياساً؛ لأن حق الفقراء أثبت فيها حين وجب التصدق، فلا يملك الآخذ إسقاطها، ويحل استحساناً؛ لأن الخبث إنما تمكن فيها لعدم رضا المولى، فإنما يظهر ذلك في حق الآخذ؛ لا في حق المولى، فيزول الخبث عند التسليم إلى المولى.

كتاب المفقود

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة فصول: [١١١أ/٢]

١ ـ في تفسير المفقود وحكمه

٢ ـ في التصرفات في مال المفقود

٣ ـ في الخصومة في الميراث، وفي ورثة المفقود

الفصل الأول
في تفسير المفقود وحكمه

فأما تفسيره ما ذكر محمد رحمه الله في «الأصل»: الرجل يخرج في بيته فيقصد ولا يعرف موضعه، ولا يستبين أثره، ولا موته إذ باشره العدو فلا يستبين موته، ولا قتله، وأما حكمه: فما ذكر محمد رحمه الله في «الكتاب» أنه يعتبر حياً في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته، ولا تتزوج امرأته، ولا يحكم القاضي في شيء من أمره حتى يثبت موته، أو قتله، ويصير ميتاً في حق غيره، حتى لا يرث أحداً من أقربائه إذا مات.

ومعنى قوله: لا يرث أحداً من أقربائه؛ أن نصيبه المقصود من الميراث لا يصير ملكاً للمفقود أما يوقف للمفقود نصيباً من ميراث من مات من أقربائه؛ وهذا لأن حياة المفقود محتملة، والمحتمل يكفي للتوقف كما في الجنين، فإن ظهر حياً ظهر أنه كان مستحقاً، وإن لم يظهر حياً حتى بلغ من السن ما قال في «الكتاب» على ما يتبين بعد هذا إن شاء الله تعالى مما وقف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال بمنزلة الموقوف للجنين إذا انفصل الجنين ميتاً، قال مشايخنا: مدار مسائل المفقود على حرف واحد، أن المفقود يعتبر حياً في ماله، ميتاً في مال غيره، حتى ينقضي من المدة ما يعلم أن مثله لا يعيش إلى تلك المدة أو يموت أقرانه، وبعد ذلك يعتبر ميتاً في ماله يوم تمت المدة أو مات الأقران، وفي مال الغير يعتبر كأنه مات يوم فقد حتى أنه إذا . . . .[1] المراحل ثم مات ابنه، ولهذا الابن أخ لأمه، والمفقود عصبة في ضم أخ الابن عصبة المفقود؛ ينظر إن كان الابن قد مات قبل أن يموت أقران المفقود، فإن جميع مال المفقود لعصبة المفقود متى مات أقران المفقود لا يكون للابن من ذلك شيء؛ لأنا حكمنا بحياته بعد موت الابن في حق نفسه، ولا يكون للمفقود من ميراث الابن شيء؛ لأنا اعتبرناه ميتاً في حق غيره، ولكن يوقف نصيب المفقود من مال الابن إلى أن يظهر حال المفقود؛ لأنه احتمل أن يكون حياً فيكون له الميراث من أبيه، واحتمل أن يكون ميتاً فلا يكون له الميراث من ابنه بل يكون ميراث الابن لأخيه.

فإن ظهر المفقود حياً فما وقف له يكون له، وإن لم يظهر حاله حتى مات أقرانه فما أوقفنا للمفقود من مال الابن يكون ميراثاً لأخ الابن؛ لأنا تيقنا بكون الأخ وارثاً، فثبت موت الابن، وشككنا في كون المفقود وارثاً، فكان جعله ميراثاً لمن كان وارثاً له بيقين أولى، فإن كان أقران المفقود قد ماتوا قبل موت الابن؛ فميراث المفقود صار للابن؛ لأنا حكمنا بموت المفقود والابن حي، فيكون ميراثه للابن، فإذا مات الابن يكون لورثة الابن، فهذا هو حاصل ما يبنى عليه من مسائل المفقود.

ثم طريق ثبوت موت المفقود إما البينة أو موت الأقران، وطريق تحوّل هذه إليه أن

---

(١) بياض بالأصل.

يجعل القاضي من في يديه المال خصماً عنه، أو ينصب عنه قيماً فتقبل عليه البينة، وأما موت الأقران وهو المذكور في «الكتاب» عن محمد رحمه الله: ويشترط موت جميع الأقران ما بقي واحد من أقرانه لا يحكم بموته، ولم يذكر أنه يعتبر موت جميع أقرانه في جميع البلدان، أو في بلد المفقود، وقد اختلف المشايخ فيه؛ قال بعضهم: يعتبر موت أقرانه من أهل بلده، وهذا القول أرفق بالناس؛ لأن التفحص عن حال أقرانه في جميع البلدان إما غير ممكن أو فيه حرج ظاهر.

ولم يعتبر محمد رحمه الله في موت المفقود وحياته السنين، والمشايخ اعتبروا ذلك، فالمتقدمين من المشايخ بعد محمد رحمه الله قدروا عمره بمائة وعشرين سنة، وقالوا: متى مضى من مولده مائة وعشرين سنة فإنه يحكم بموته، وإن بقي بعض أقرانه في الأحياء، ولا يحكم بموته قبل ذلك وإن مات جميع أقرانه، وعن نصير بن يحيى أنه قدر عمره بمائة سنة، وهو المروي عن أبي يوسف والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد رحمة الله عليهما شهدا به تسعين سنة، قالا: لأن الأعمار قد قصرت في زماننا، قال الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله: وعليه الفتوى.

قال شيخ الإسلام في «شرحه»: ما قاله محمد رحمه الله أحوط وأقيس؛ لأن مضي ما قالوا من المدة إن دل على موته، فبقاء من بقي من أقرانه بعد مضي هذه المدة يدل على حياته، فيقع التعارض بين دليل الحياة وبين دليل الموت، فلا يثبت الموت مع التعارض، ومتى اعتبرنا موت أقرانه، فإنما يثبت موته بدليل لا يعارض، وما قال المشايخ أرفق بالناس؛ لأن التفحص عن حال الأقران أنهم ماتوا أو لم يموتوا أمر غير ممكن أو فيه حرج، وإذا أوصى رجل للمفقود بشيء لم أقض بها ولم أبطلها؛ لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث تحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله، كذا ههنا.

الفصل الثاني
في التصرفات في مال المفقود

قال محمد رحمه الله: ما كان يخاف عليه الفساد من مال المفقود فالقاضي يبيعه، وما لا يخاف عليه الفساد فحفظه ممكن بدون البيع فلا حاجة إلى البيع، ولا كذلك ما يخاف عليه الفساد، وإن أراد واحد من أقاربه أن يبيع شيئاً من ماله لحاجة النفقة؛ إن كان المال عقاراً فليس له ذلك بالإجماع؛ سواء كان البائع أباً أو غيره، وإن كان منقولاً ليس من جنس حقه كالخادم والدار ونحو ذلك؛ أجمعوا على أن غير الأب لا يملك البيع؛ الأم وغيرها في ذلك على السواء، وأما الأب فلا يملك البيع قياساً، وهو قولهما، وعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه يملك، وهو استحسان، وجه القياس: أن جواز البيع يشهد بالولاية، ولا ولاية للأب في مال ولده الكبير، ألا ترى أنه لا يمكن بيع عقاره.

وجه الاستحسان: أن أثر الولاية في حق مال ولده الكبير قائم حتى صح منه

استيلاد جارية الابن لحاجته إلى ذلك، والحاجة إلى النفقة لبقاء نسبه فوق الحاجة إلى الاستيلاد لبقاء نسله، وإذا بقي أثر الولاية؛ لأنه كان حاله كحال الوصي في الوارث الكبير الغائب، وقد ثبت للوصي حق بيع المعروض دون العقار كذا ههنا.

وإن كان للمفقود وديعة أو دين؛ أنفق القاضي من ذلك على زوجته وولده وأبويه إذا كان المودع مقراً بالوديعة، والمديون مقراً بالدين، وذكر هذه المسألة في كتاب «النكاح» من «الأصل» [١١١ب/ ٢] وشرط إقرارهما بالنكاح والمال، وههنا لم يشترط إقرارهما بالنكاح، وليس في المسألة اختلاف الروايتين، بل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع، موضوع ما ذكرنا في كتاب «النكاح»: أن النكاح والنسب لم يكن معلوماً للقاضي، فشرط إقرار صاحب اليد لهما.

وموضوع ما ذكر ههنا: أن النكاح والنسب كان معلوماً للقاضي فلم يشترط إقرارهما بالنكاح والنسب، فإن أعطاهم الرجل شيئاً بغير أمر القاضي، فالمودع يضمن ولا يبرأ المديون، وإن أعطاهم بأمر القاضي فالمودع لا يضمن، والمديون يبرأ، وللقاضي أن ينصب وكيلاً في جميع غلات المفقود؛ طلب الورثة ذلك أو لم يطلبوا، ولهذا الوكيل أن يتقاص ويقبض، ويخاصم من يجحد حقاً وجب بعقد جرى بينه وبين هذا الوكيل؛ لأن الوكيل في حق الحقوق بمنزلة المالك، أما كل دين كان المفقود تولاه أو نصب كان له في عقار، أو عرض في يدي رجل، أو حق من الحقوق، فإن هذا الوكيل لا يخاصم؛ لأنه ليس بمالك، ولا نائب عن المالك في الخصومة في ذلك؛ لأنه وكيل بالقبض، والوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض، والوكيل بالقبض من جهة القاضي المالك؛ قال في «الكتاب»: إلا أن يكون القاضي ولاه ذلك ورآه، وأنفذ الخصومة بينهم فإنه يجوز.

وعلل فقال: لأن هذا مما اختلف فيه القضاء، وهذا بناءً على أنه ليس للقاضي أن يقضي على الغائب وللغائب إلا إذا كان عنه خصم حاضر عندنا، ولو قضى ينفذ قضاؤه لكونه واقعاً في فصل مجتهد فيه، وكذا لا ينبغي للقاضي أن ينصب وكيلاً عن الغائب وللغائب، ولو فعل ينفذ قضاؤه بالإجماع لما قلنا.

ثم أشار ههنا إلى أن القضاء على الغائب وللغائب نفاذه لا يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، وهذا إشارة إلى أن نفس القضاء ليس بمختلف فيه، أما المجتهد بسبب القضاء أن البينة هل هي حجة يثبته الخصم، وفي «شرح الجامع» مما علقته على والدي ـ تغمده الله بالرحمة ـ أن نفس القضاء مختلف فيتوقف على إمضاء قاضٍ آخر كما لو كان القاضي محدوداً في قذف.

وإن ادعى رجل على المفقود حقاً لم يلتفت إلى دعواه، ولم تقبل منه البينة، ولم يكن هذا الوكيل ولا أحد من الورثة خصماً له، وإن رأى القاضي سماع البينة، وحكم به بعد حكمه بالإجماع، وإذا رجع المفقود حياً لم يرجع في شيء مما أنفق القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وولده من ماله ودينه وغلته، وكذلك ما أنفقوا على أنفسهم من دراهم أو

دنانير أو تبر في وقت حاجتهم إلى النفقة أو ثياب لبسوها للكسوة، أو طعام أكلوه، أما سوى ذلك من الأموال إذا باعوها لحاجتهم إلى النفقة فقد مرَّ تفاصيل ذلك، وإذا فقد المكاتب، وترك أموالاً لأهله يؤدي مكاتبه من تركته؟ ينظر إن كان ما ترك المكاتب من خلاف جنس ما عليه؛ لا يؤدي، وإن علم القاضي بوجوب الدين عليه؛ لأنه لا يمكنه القضاء إلا بالبيع.

وولاية القاضي في مال المفقود مقصورة على الحفظ اتفاقاً عليه، والبيع ليس من قبيل ذلك، وإن كان ترك المكاتب من جنس المكاتبة وعلم القاضي بوجوب الدين عليه؛ فإن كان لهذا المكاتب ابن حرّ مات هذا الابن وترك ورثةً قسم ماله بين ورثته، ولم يحبس للمكاتب شيئاً؛ لأن المكاتب لا يرث شيئاً من ابنه فلا يكون للتوقف فائدة، وإذا كان المفقود قد باع خادماً قبل أن يفقد، فطعن المشتري بعيب، وأراد أن يرد على ولد المفقود فليس له ذلك؛ لأن الولد ليس بمالك ولا عاقد، ولا نائب عمن هو مالك أو عاقد، ولا رد على غير مولاه، وإن استحق هذا الخادم من يد المشتري، فالقاضي هل يوفي عنه من ماله؟ إن كان ماله من جنس الثمن يوفي إذا علم وجوب الثمن عليه؛ لأن الخادم لما استحق من يد المشتري صار الثمن ديناً له على المفقود، فصار الجواب فيه كالجواب في سائر الديون.

الفصل الثالث
في الخصومة في الميراث، وفي ورثة المفقود

إذا مات الرجل وترك ابنتين وابناً مفقوداً، ولهذا الابن المفقود ابن وابنة، والتركة في يد الابنتين، والكل مقرون بأن الابن مفقود، واختصموا إلى القاضي، فإن القاضي لا ينبغي له أن يحرك المال عن موضعه؛ هكذا ذكر في «الأصل»، ومعنى قوله القاضي لا يحرك المال عن موضعه: لا يشرع القاضي سبباً من يد الابنتين؛ لأن النصف مما في أيديهما صار ميراثاً لهما بموت أبيهما بيقين؛ لأن المفقود إذا كان حياً فلهما هذا القدر، وإن كان ميتاً فلهما الثلثان، فالنصف لهما بيقين والنصف الآخر لا خصم له؛ لأن ورثة المفقود لا يدعون ذلك لأنفسهم ولا يكونون خصماً عن المفقود؛ لأنه لا يدرى أنه حي أو ميت، ولا يزال بصاحب اليد إلا بمحضر من الخصم بخلاف مال المفقود الذي يعلم أنه له؛ لأن حق أولاده ثابت في ذلك المال باعتبار ملكه، فإنهم يستحقون النفقة في ملكه، واستصحاب المال يكفي لإبقاء ما كان على ما كان.

وكذلك إذا قال الإنسان: قد مات أخونا، وقال ولد الابن: هو مفقود؛ لأن من في يديه المال إقرار لدى الابن بنقض ذلك وقد رد ولد الابن إقرارهما بقولهما أبونا مفقود، ولو كان مال الميت في يدي ولدي الابن المفقود وطلب الابنان ميراثهما واتفقوا أن الابن مفقود، فإنه يعطي لهما النصف؛ لأنهما يدعيان بنصف ما في يدي ولدي المفقود، وقد صدقا في ذلك فيعطيان النصف لهما من ذلك، والنصف الآخر يترك على يدي ولدي

المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لأبيهما؛ لأنه لا يدري من المستحق لهذا الباقي.

ولو كان مال الميت في يد أجنبي، فقالت الابنتان: مات أخونا قبل الأب، وقال ولد الابن: إنه مفقود، فإن أقر الذي في يديه المال أنه مفقود؛ فإنه يعطي الابنتين من ذلك النصف؛ لأنهما تدعيان لأنفسها الثلثان، وذو اليد أقر لهما بالنصف حين قال إنه مفقود، فيعطي لهما النصف، والنصف الآخر يوقف في يديه، ولو قال الذي في يديه المال: إنه مات قبل الأب فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى الابنتين؛ لأن صاحب اليد صدقهما فيما ادعتا من ثلثي ما في يديه، ويوقف الثلث الآخر على يديه؛ [١١٢أ/ ٢] لأنه لا خصم له، ولو كان الذي في يديه المال أنكر أن يكون هذا المال للميت، فأقامت الابنتان بينة أن أباهم مات، وترك هذا المال ميراثاً لهما ولأخيهما المفقود، فإنه يقبل بينتهما؛ لأن أحداً ليس متهم فيقسم بين جميع الورثة فيما يدعي للميت، وهما يدعيان المال للميت فينصبان خصماً عن جميع الورثة، فقبلت بينتهما، ويعطى لهما النصف، وينزع النصف الآخر من يد ذي اليد، وتوقف على يدي عدل؛ لأنه ظهر خيانة ذي اليد حين جحد المال للميت، ومال الغائب لا يترك في يد الخائن بخلاف ما لو كان أقر بذلك؛ لأنه لم يظهر خيانته، فيترك في يديه إلى أن يظهر حال المفقود، والله أعلم بالصواب، تم كتاب المفقود بحمد الله تعالى.

كتاب الغصب

هذا الكتاب يشتمل على خمسة عشر فصلاً:

١ - في نفس الغصب

٢ - في حكم الغصب

٣ - فيما لا يجب الضمان باستهلاكه

٤ - في كيفية الضمان

٥ - في خلط الغاصب مال رجلين أو رجل، أو مال غيره بماله، أو اختلط أحد المالين بالآخرين من غير خلط

٦ - في استرداد المغصوب من الغاصب، وما يمنع من ذلك، وفيما يبرأ الغاصب به عن الضمان وما لا يبرأ

٧ - في التسبب إلى الإتلاف

٨ - في الدعوى الواقع في الغصب، واختلاف الغاصب، والمغصوب منه والشهادة في ذلك

٩ - في تملك الغاصب المغصوب، والانتفاع به

١٠ - في الأمر بالإتلاف

١١ - في زراعة الأرض المغصوبة، والبناء فيها

١٢ - فيما يلحق العبد الغصب، فيجب على الغاصب ضمانه

١٣ - في غاصب الغاصب ومودع الغاصب

١٤ - في غصب الحر والمدبر، والمكاتب، وأم الولد

١٥ - في المتفرقات

الفصل الأول
في نفس الغصب

فنقول: الغصب شرعاً: أخذ مال متقوم محرم بغير إذن المالك على وجه ينفي يد المالك إن كان في يده أو تتغير يده إن لم يكن في يده، وإنه نوعان:

نوع يتعلق به المأثم، وهو ما وقع عن علم، ونوع لا يتعلق به المأثم، وهو ما وقع عن جهل، والضمان يتعلق بهما جميعاً؛ لأن الضمان لجبر الحق، والحق يفوت في الحالين على نمط واحد، وشرطه عند أبي حنيفة رضي الله عنه :كون المأخوذ منقولاً، وهو قول أبي يوسف آخراً حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر لا ينعقد موجباً للضمان. استعمال عبد الغير غصب له حتى لو هلك من ذلك العمل ضمن المستعمل قيمته علم المستعمل أنه عبد الغير أو لم يعلم، بأن جاء إليه وقال: أنا حر فاستعمله، وهذا لما بينا أن ضمان الغصب لا يختلف بالعلم وعدم العلم، وهذا إذا استعمله في أمر من أمور نفسه.

أما إذا استعمله في أمر نفسه لا يصير غاصباً له، فقد ذكر في «فتاوى أهل سمرقند» أن من قال لعبد الغير: ارتق شجرة المشمش هذه لتأكل أنت، فوقع من الشجرة ومات لا يضمن الآمر، ولو قال: لآكل أنا وباقي المسألة بحالها يضمن، وما افترقا إلا؛ لأنه في الفصل الأول ما استعمله في أمر نفسه، وفي الفصل الثاني استعمله في أمر نفسه.

وسئل شمس الإسلام عمن استعمل عبد الغير أو جارية الغير، فأبق في الاستعمال، فهو ضامن بمنزلة المغصوب إذا أبق من يد الغاصب، ومن استعمل عبداً مشتركاً، أو حماراً مشتركاً بينه وبين غيره بغير إذنه يصير غاصباً نصيب شريكه، وفي «أجناس الناطفي» في أمر الحبس الأول من كتاب «الدعوى» أن في استعمال العبد المشترك بغير إذن شريكه روايتان؛ عن محمد روى هشام عنه أنه يصير غاصباً نصيب صاحبه، وروى ابن رستم عنه: أنه لا يصير غاصباً، وفي الدابة يصير غاصباً نصيب صاحبه في الروايتين ركوباً وحملاً، وورد في زماننا من هذا الجنس فتوى من بعض البلدان.

وصورته: رجل كان يكسر الحطب، فجاء غلام رجل وقال: أعطني القدوم والحطب حتى أكسرها، فأبى صاحب الحطب ذلك، فأخذ الغلام القدوم منه، وأخذ الحطب وكسر بعضه، وقال: ائتِ آخر معي أكسر، فأتىٰ صاحب الحطب، بحطب آخر فكسره الغلام، فضرب بعض المكسور من الحطب على عين الغلام، وذهبت عينه، فأفتى مشايخ زماننا أنه لا يكون على صاحب الحطب شيء؛ لأن صاحب الحطب لم يأمر الغلام بكسر الحطب، ولم يستعمله فيه، وإنما فعل العبد ذلك باختياره، فلا يكون على صاحب الحطب شيء.

وسئل أبو بكر عمن وجه جاريته إلى النخاس فبعثتها امرأة النخاس في حاجة فهربت، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه: الضمان على امرأة النخاس لا غير، وعلى

قولهما؛ وإن شاء ضمن النخاس أيضاً كما عرف في أجير المشترك.

في «فتاوى أبي الليث»: جارية جاءت إلى النخاس بغير إذن مولاها، وطلبت البيع، ثم ذهبت، ولا يدري أين ذهبت، وقال النخاس: رددتها على المولى، فالقول قول النخاس، ولا ضمان عليه، ومعنى ذلك أن النخاس لم يأخذ الجارية، ومعنى الرد أمره إياها بالذهاب إلى منزل المولى، أما إذا أخذ النخاس الجارية من الطريق، أو ذهب بها من منزل مولاها بغير أمره لا يصدق.

ركب دابة رجل في حال غيبته بغير أمره، ثم نزل عنها وتركها في مكانها، ذكر في آخر كتاب «اللقطة» أن عليه الضمان، وذكر الناطفي في «واقعاته» اختلاف الروايات، قال عنه: والصحيح أنه لا يضمن على قول أبي حنيفة؛ لأن غصب الدابة لا يتحقق من غير النقل، وعن أبي يوسف أيضاً في «المنتقى» أنه لا ضمان، وفي اختلاف زفر ويعقوب عن أبي يوسف أنه يضمن.

وصورة ما ذكر في «المنتقى»: رجل قعد على ظهر دابة رجل، ولم يحولها عن موضعها، وجاء رجل آخر وعقرها، فالضمان على الذي عقرها دون الذي ركب إذا لم تعطب من ركوبه، وإن كان قد جحدها قبل أن تعقر، ومنعها من صاحبها، ولم يخرجها من موضعها، ثم عقرها هذا الآخر فلصاحبها الخيار؛ يضمن أيهما شاء، وقال: وكذلك من أخذ متاع إنسان في دار صاحب المتاع، ثم حجده فهو ضامن، وإن لم يخرجه من الدار، وإن لم يجحد، فلا ضمان عليه إلا إذا هلك من فعله أو أخرجه من الدار، وهذا استحسان.

وفيه عن أبي يوسف أيضاً: رجل دخل منزل رجل وحمل من بيت منه إلى بيت آخر من ذلك المنزل، أو إلى ضمن ذلك المنزل متاعاً، وإنما يسكن المنزل الرجل وغلمانه، فضاع ففي القياس: هو ضامن، وفي الاستحسان: لا ضمان إذا كان هذا الموضع في الحرز مثله، وسئل قاضي القضاة شمس الإسلام الأوزجندي عن إصطبل مشترك بين رجلين لكل واحد منهما فيه بقر، دخل أحدهما الإصطبل وشد بقر صاحبه حتى لا يضرب بقره، فحرن البقر، ويختنق بالحبل ومات قال: لا ضمان عليه إذا لم ينقله من مكان إلى مكان.

السلطان [١١٢ب/ ٢] إذا أخذ عيناً من أعيان رجل، فرهن عند رجل، فهلك عند المرتهن؛ إن كان المرتهن طائعاً يضمن، ويكون للمالك الخيار بين تضمين السلطان والمرتهن، ويبنى على هذا الحال الذي يقال له جابي كبار إذا أخذ شيئاً رهناً وهو طائع يضمن، وكذا الصراف إذا كان طائعاً يضمن، وصار الصراف والجابي مجروحين في الشهادة؛ ذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من «وديعة واقعاته»؛ وقعت قلنسوة من رأس المصلي، فجاءها رجل، فإن نحاها حيث ينالها المصلي لا يضمن، وإن نحاها أكثر من ذلك يضمن.

في «واقعات الناطفي» وفي «العيون»: رجل دخل منزل رجل بإذنه، وأخذ إناءً من

بيته بغير إذنه لينظر إليه، فوقع من يده وانكسر فلا ضمان إلا إذا كان نهاه صاحب البيت عن الأخذ قبل ذلك؛ لأنه مأذون في أخذه دلالة، ألا ترى أنه لو أخذ كوزماء، وشرب منه فسقط من يده وانكسر فلا ضمان عليه، ولو أتى سوقياً يبيع أواني من زجاج أو غيره، فأخذ آنية بغير إذنه لينظر إليه فسقط من يده وانكسر ضمن؛ لأنه غير مأذون في أخذه لا نصاً ولا دلالة.

في «فتاوى أهل سمرقند» قدم إلى بياع الخزف وأخذ منه غضارة بإذنه لينظر فيها، فوقعت الغضارة من يده على غضارة أخرى، فانكسرت الغضارات، فلا ضمان عليه في المأخوذة؛ لأنها مأخوذة بإذن ويجب ضمان الباقيات. شرع في الحمام، وأخذ فنجانه وأعطاها غيره، فوقع من يد الثاني وأنكر فلا ضمان على الأول؛ إما أن يكون مستأجراً، أو مستعيراً، وللمستأجر أن يعير، وكذلك للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس فيه.

في «المنتقى»: رجل عنده وديعة لرجل، وهي ثياب، فجعل المودع فيها من ماله، ثم طلبها صاحب الوديعة، فدفع كلها إليه، فضاع ثوب المودع، فصاحب الوديعة ضامن له، قال: ثمة كل من أخذ شيئاً على أنه له، ولم يكن له فهو ضامن.

رجل أضاف رجلاً، فنسي الضيف عنده ثوباً، فأتبعه المضيف بالثوب، فغصب الثوب غاصب في الطريق، قال: إن غصب في المدينة فلا ضمان على المضيف، وإن غصب خارج المدينة فهو ضامن.

في «نوادر ابن رستم»: ضرب رجلاً حتى سقط ومات، ومع المضروب مال. . . .[1] قال محمد رحمه الله: الضارب ضامن المال الذي كان مع المضروب، وكذلك يضمن ثيابه التي عليه إذا ضاعت؛ لأنه هو الذي استهلك ذلك كله. تعلق برجل وخاصمه، فسقط عن التعلق به شيء، وضاع ضمنه المتعلق.

في «فتاوى أهل سمرقند»: بعث الرجل رجلاً إلى القصار ليأخذ ثوباً له، فدفع القصار إلى الرسول ثوباً، فضاع الثوب من يد الرسول، وظهر أن الثوب لم يكن للمرسل، وإنما كان لغيره؛ قال: ينظر؛ إن كان الثوب للقصار فلا ضمان على الرسول، وإن كان لغير القصار فرب الثوب بالخيار؛ إن شاء ضمن القصار، وإن شاء ضمن الرسول.

في غصب «المنتقى»: بعث الرجل غيره إلى ما. . . .[1]، فأخذ المبعوث دابة الآمر وركبها، فهلكت الدابة في الطريق؛ إن كان بين الآمر والمبعوث انبساط في أن يفعل مثل ذلك فلا ضمان، وإلا فهو ضامن، في غصب «فتاوى أبي الليث»: ارتهن خاتماً، وجعله في خنصره، فضاع فهو ضامن؛ لأن هذا ليس معتاد، فيصير به غاصباً. في «العيون»: والخنصر اليمنى واليسرى سواء، وهو الصحيح؛ لأن بعض الناس يجعلونه في اليمنى، والبعض يجعلونه في اليسرى، وإن جعله في البنصر فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه لا ضمان؛ لأن هذا ليس بلبس معتاد بل هو للحفظ، فلا يصير به غاصباً، وذكر شيخ

---

(١) بياض بالأصل.

الإسلام أنه ضامن، وسوى بين الخنصر والبنصر، والأول أصح، وإن جعله في خنصره فوق خاتم آخر، فالمروي عن محمد في بعض الروايات أنه لا ضمان، فذكر له عن بعض السلاطين أنه يلبس الخاتم فوق الخاتم، فقال محمد رحمه الله: يلبسه للختم، أشار إلى أن هذا اللبس ليس للتزين فلا يكون استعمالاً، فلا يكون غصباً، وفي آخر كتاب «اللقطة»: إن الرجل إذا كان معروفاً بلبس خاتمين للتزين فهو ضامن، وإلا فلا يضمن، وإن كان سيفاً فتقلده، صار ضامناً، وكذلك إن كان متقلداً سيفاً فتقلد بهذا، وإن كان متقلداً سيفين فتقلد بهذا لا يضمن بالإجماع.

سكران ذاهب العقل دفع ثوبه في الطريق، والسكران نائم في الطريق، جاء رجل وأخذ ثوبه ليحفظه في مكان، فهلك الثوب في يده فلا ضمان، ولو كان الثوب تحت رأسه، والمسألة بحالها ضمن، في «فتاوى سمرقند»: إذا أخذ القلنسوة من رأس رجل فوضعها على رأس رجل آخر، فطرحها الآخر من رأسه فضاعت، فإن كانت القلنسوة بمرأىٰ من غير صاحبها وأمكنه رفعها، وأخذها فلا ضمان على واحد منهما؛ لأنه حصل الرد إلى المالك، وإن كان بخلاف ذلك فصاحب القلنسوة بالخيار؛ إن شاء ضمن الآخذ، وإن شاء ضمن الطارح.

زق انفتح فمر به رجل، فإن لم يأخذه، ولم يدن منه فلا ضمان عليه، وإن أخذه ثم تركه، فإن كان المالك غائباً فهو ضامن، وإن كان حاضراً فلا ضمان، وعلى هذا إذا رأى إنسان ما وقع من كم غيره.

في «فتاوى أبي الليث» عن خلف بن أيوب، عن محمد بن الحسن رحمهم الله: رجل أدخل دابته في دار رجل، فأخرجها صاحب الدار فضاعت، فلا ضمان عليه، ولو وضع رجل ثوباً في دار رجل، فرمى به صاحب الدار، فضاع فهو ضامن؛ لأن كون الدابة في الدار ضرر لصاحب الدار، فهو بالإخراج يدفع الضرر عن نفسه، ولا كذلك الثوب في الدار.

الفصل الثاني
في حكم الغصب

فنقول: للغصب حكمان: أحدهما: وجوب رد العين ما دام على حاله لم يتغير، قال عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى ترد»[1] والتغير نوعان: قد يكون من حيث الزيادة، وقد يكون من حيث النقصان، وقد يكون بفعل الغاصب، وقد يكون بفعل غيره، وقال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا غصب من آخر ثوباً، فصبغه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار؛ إن شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه الأبيض، وكان الثوب

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٦١، والترمذي حديث ١٢٦٦، وابن ماجه حديث ٢٤٠٠، وأحمد في المسند ٥/٨، ١٢، ١٣، والدارمي ٢/ ٢٦٢.

للغاصب، وإن شاء أخذ الثوب وضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه؛ لأن الصبغ مال متقوم للغاصب، قائم في الثوب، ويقدر اتصال منفعة كل واحد منهما إلى صاحبه على الانفراد، فلا بد من ترجيح أحد الجانبين، فرجحان جانب صاحب الثوب؛ لأنه صاحب الثوب؛ [١١٣أ/ ٢] صاحب أصل، وإن شاء ضمنه قيمة الثوب الأبيض، وترك الثوب عليه حتى لا يلزمه زيادة غرم، وهو قيمة الصبغ، وإن شاء أخذ الثوب، وضمن قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيصل إلى مالك الثوب عمن حقه، وإلى صاحب الصبغ مالية حقه، وفيه خيار آخر، وهو أن يترك الثوب على حاله، والصبغ على حاله، ويباع الثوب، ويقسم الثمن بينهما على قدر حقيهما.

وإن صبغه أسود، ثم جاء رب الثوب كان له أن يضمن الغاصب، وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف ومحمد: السواد بمنزلة العصفر، وهذا اختلاف زمان، وقيل: السواد يزيد في قيمة بعض الثياب، وينقص من قيمة البعض، فإن كان المغصوب شيئاً ينقص بالسواد فالجواب ما قال أبو حنيفة رضي الله عنه، وإن كان يزيد فالجواب ما قالا، ولم يذكر في «الكتاب» ما إذا نقص عصفر الثوب بأن كان قيمة الثوب ثلاثون فعاد قيمته إلى عشرين، وقد يكون لون عصفر نقصاناً في الثوب.

وروى هشام عن محمد: أنه ينظر إلى قيمة الصبغ في ثوب يزيد فيه، فإن كان قيمته خمسة فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه، ويأخذ خمسة دراهم؛ لأن صاحب الثوب استوجب على الغاصب عشرة، والغاصب استوجب عليه قيمة الصبغ خمسة، فصارت الخمسة بالخمسة قصاصاً، بقي نقصان الثوب بقدر خمسة بلا جابر، وكذلك السواد على هذا، ولو غصب من آخر ثوباً وقصره؛ كان لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب، ولا يضمن للغاصب شيئاً؛ لأنه لم يتصل بالثوب شيء من مال الغاصب.

وإذا غصب سويقاً ولته بسمن ثم حضر المالك فله الخيار؛ إن شاء ترك السويق مع أن السويق من ذوات الأمثال، بعض مشايخنا قالوا: المراد فهو من القيمة المذكورة في «الكتاب» المثل، أو إن كان المراد حقيقة القيمة فهو محمول على ما إذا انقطع السويق، وبعضهم قالوا: إن كان المراد حقيقة القيمة فهو محمول على الرواية التي لا تجوز بيع السويق بمثله، فإن في بيع السويق بمثله روايتان؛ وإن شاء أخذ السويق وضمن سمناً مثل سمن الغاصب.

وإذا غصب ثوباً وقطعه قميصاً، ولم يخطه، فله أن يأخذ ثوبه، وضمنه ما نقصه القطع،و إن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمته، حتى المسألة تبنى على مسألة أخرى أن من خرق ثوباً لغيره إن كان الخرق فاحشاً، فصاحب الثوب بالخيار؛ إن شاء ترك الثوب عليه، وضمنه جميع قيمة الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان، وإن كان الخرق يسيراً كان المهلك يضمن النقصان لا غير.

واختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير وبين الفاحش؛ بعضهم قالوا: إن أوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش، وإن كان دون ذلك فهو يسير،

وقال بعضهم: إن أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير، وبعضهم قالوا: الفاحش ما لا يصلح لثوب ما، واليسير ما يصلح، قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله: قالوا: ما ذكر من التحديد من هذه الوجوه الثلاثة لا يصح بدليل مسألة قطع القميص على الوجه الذي قلنا.

والثوب بعدما قطع قميصاً يصلح للقميص إن كان لا يصلح للفساد أمثاله، والساقط من القيمة أقل من النصف ومن الربع مع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشاً، والصحيح من الحد على ما قاله محمد رحمه الله أن الخرق الفاحش ما يفوت بهم بعض العين، وبعض المنفعة بأن فات جنس منفعته، وبقي بعض العين وبعض المنفعة، واليسري من الخرق ما يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يفوت الجودة، ويدخل يسير نقصان في المالية، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: وقد قيل: يرفع في ذلك إلى الخياطين، وأهل الصناعة إن عدوا ذلك نقصاناً فاحشاً فهو فاحش، وإن عدوا ذلك نقصاناً يسيراً [فهو يسير]، وقال بعضهم: إن كان طولاً فهو فاحش، وإن كان عرضاً فهو يسير؛ قال رحمه الله: والقول الأول أصح.

جئنا إلى مسألة قطع القميص فنقول: قطع القميص خرق فاحش؛ لأنه يفوت به بعض المنافع، وفي الخرق الفاحش صاحب الثوب بالخيار؛ لأن استهلاك من وجه دون وجه، فإن شاء مال إلى جهة الاستهلاك وضمنه القيمة، وإن شاء مال إلى جهة القيام وضمنه النقصان.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: القطع أنواع ثلاثة: قطع فاحش غير مستأصل للثوب، وهو باتفاق الحكم فيه ما ذكره، وقطع يسير، وهو أن يقطع طرفاً من أطراف الثوب فلا يثبت فيه الخيار للمالك؛ بل يضمنه النقصان، وقطع فاحش مستأصل للثوب، وهو أن يجعل الثوب قطعاً لا تصلح إلا للخرقة، ولا يرغب في شرائه، وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه في هذا الفصل أن للمالك الخيار؛ إن شاء ترك القطع عليه وضمنه القيمة، وإن شاء أخذ القطع ولا شيء له، وعندهما: له أن يأخذ الثوب ويضمنه النقصان.

وهذه المسألة فرع مسألة الديات؛ إذا قطع يدي عبد إنسان قال الشيخ الإمام السرخسي رحمه الله: والحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخير المالك إذا كان الخرق فاحشاً، وإمساك الثوب، وأخذ النقصان إذا كان الخرق يسيراً، فهو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية فإن التعييب هناك فاحشاً كان أو يسيراً، فهو الحكم في كل عين مثلاً كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين، ولا يرجع على الغاصب بشيء، وبين أن يسلم العين له ويضمنه مثله أو قيمته؛ لأن تضمين النقصان يتعذر؛ لأنه يؤدي إلى الربا، وإذا قطع الثوب قميصاً، أو لم يخطه، فإن خاطه ينقطع حق المالك.

وإذا غصب دابة وقطع يدها أو رجلها فلا خيار للمالك فيها، ويضمنه القيمة ويترك

الدابة عليه، وكذلك لو كانت شاة أو بقرة، فذبحها أو قطع يدها، أو رجلها كان الجواب كذلك، قال شمس الأئمة الحلواني: ويستوي أن تكون الشاة للغاصب أو غيره وهو الصحيح، فقد روي في رواية أخرى في مأكول اللحم للمالك الخيار، ولم يذكر محمد رحمه الله في مسألة [١١٣ب/ ٢] الشاة ما إذا أراد المالك أن يأخذ الشاة بعد الذبح، ولا يضمنه النقصان هل له ذلك؟ وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن له ذلك، قال شيخ الإسلام: وقد ذكر محمد في كتاب «الغصب» ما يدل على هذا، فإنه قال: ضمن.

غصب عصيراً فصار خلاً عنده، ثم جاء المالك كان بالخيار، إن شاء ضمن عصيراً مثل عصيره، وإن شاء أخذ الخل، وبعدما صار خلاً لم يبق فيه شيء من منافع العصير، كالشاة بعد الذبح، ثم أثبت للمالك حق الأخذ إن شاء، فهذا يدل على أن في الشاة المذبوحة له ذلك؛ لأن الذبح والسلخ زيادة، وقال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: والصحيح أنه ليس له ذلك، أشار إلى أن حق المالك ينقطع بمجرد الذبح، وإنه يخالف ظاهر الرواية.

وفي «المنتقى»: هشام عن محمد رحمه الله: رجل قطع يد حمار أو رجل حمار وكان لما بقي قيمة فله أن يمسكه، ويأخذ النقصان، ولا يسلم إليه الجلد، فإن كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك، وإن كان قتله فليس له ذلك، قال هشام: لأن ذبحه بمنزلة الدباغ.

وفي «النوادر»: إذا قطع أذن الدابة أو بعضه يضمن النقصان، وجعل قطع الأذن من الدابة نقصاناً يسيراً، وكذلك لو قطع ذنبها يضمن النقصان، وعن شريح رحمه الله: إن قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة، وإن كان لغيره يضمنه النقصان لا غير.

استهلك قلب فضة إنسان وأحرقه؛ يضمن قيمته مصنوعاً من الذهب؛ لأن الصناعة في مال الربا تضمن مع الأصل بالإتلاف كالجودة، ولا يمكن إيجاب قيمته مصنوعاً من جنسه؛ لأنه ربا ولا يمكن إيجاب مثله مصنوعاً؛ لأنه ليس من ذوات الأمثال، فيتعين إيجاب القيمة مصنوعاً من خلاف الجنس، فإن وجده صاحبه مكسوراً فهو بالخيار؛ لأن الكسر عيب فاحش، وإن رضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح؛ لأنه ربا، وإذا أراد القاضي أن يضمن الغاصب قيمته ضمنه مصنوعاً من الذهب، وكذلك كل إناء مصنوع كسره رجل إن من فضة فعليه الذهب.

وإن كسر درهماً أو ديناراً، فعليه مثله والمكسور للكاسر، قال شيخ الإسلام: قال مشايخنا: هذا إذا كان الكسر ينقص من ضربه، وأما إذا كان الكسر لا ينقص من ضربه ليس له إلا ذلك المكسور؛ لأن ما هو المقصود من الدراهم والدنانير تام بعد الكسر على حاله لم ينقص، وهذا كما قلنا من كسر رغيف إنسان ليس لصاحبه إلا المكسور لما قلنا ههنا، قال شمس الأئمة السرخسي: عليه مثله، وإن شاء صاحبه أخذه، ولم يرجع عليه بشيء، سواء انتقصت ماليته بالكسر أو لم تنتقص.

غصب من آخر جارية شابة، فكانت عنده حتى صارت عجوزاً، فإن لصاحبها أن يأخذها وما نقصها، وكذلك لو غصب غلاماً شاباً، فكان عنده حتى هرم أخذه صاحبه

وما نقصه، وهذا إذا كان النقصان يسيراً، فإن كان فاحشاً يخير المالك بين الأخذ والترك، وعليه أكثر المشايخ، ولو غصب صبياً فشب عنده، أو نبت شعر وجهه فصار ملتحياً، أخذه صاحبه، ولا يضمنه شيئاً. ولو غصب جارية ناهدة الثديين، فانكسر ثديها عنده ضمن النقصان.

ولو غصب عبداً محترفاً فنسي ذلك عند الغاصب كان ضامناً للنقصان، ولو غصب ثوباً فعفي عنده أو اصفر، أخذه المالك وما نقصه، وهذا إذا كان النقصان يسيراً، فأما إذا كان كثيراً يخير بين الأخذ والترك، وإن كان المغصوب مكيلاً أو موزوناً فعفن عند الغاصب فعليه مثله، وهذا الفاسد للغاصب، وإن شاء أخذ الطعام العفن ولا شيء له، وإنما كان كذلك؛ لأن تضمين النقصان في المكيلات والموزونات يؤدي إلى الربا؛ لأنه يصل إليه مثل وزنه وكيله وزيادة، فتكون الزيادة بإزاء الجودة، والجودة في مال الربا لا قيمة لها بانفرادها، والاعتياض عما لا قيمة له ربا، وفي الثياب لا يكون رباً؛ لأن الزيادة تكون بإزاء الجودة، والاعتياض عن الجودة في الثياب جائز.

غصب فضة وضربها دراهم أو صاغها إناءً، أو غصب ذهباً فضربه دنانير، أو صاغه إناءً؛ قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا ينقطع حق المالك بل يأخذ الذهب والفضة، ولا أجر للغاصب، وقال أبو يوسف ومحمد: ينقطع حق المالك، ويعطيه مثل ذهبه، وإن غصب دراهم وسبكها، ولم يضرب منه شيئاً، فإنه لا ينقطع حق المالك بلا خلاف.

فوجه قول أبي يوسف ومحمد: أنه أحدث صنعة متقومة، واستهلك المغصوب من وجه، أما إذا ضربها دراهم؛ لأنه كسرها؛ لأن ضرب الدراهم لا يتأتى إلا بعد الكسر، وأما إذا صاغها إناءً، فلأنه أخرجه من الثمنية؛ لأنه قبل هذا لا يتعين بالتعيين، والآن يتعين.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: الاستهلاك لم يوجد، ومجرد الصنعة بدون الاستهلاك من وجه لا يوجب انقطاع حق المالك، وإنما قلنا: لم يوجد الاستهلاك؛ لأن الاستهلاك من وجه بتفويت بعض الأعيان، أو بتفويت جنس المنفعة، وبضرب الفضة دراهم لم يثبت شيء من العين؛ لأن قيام العين في الذهب والفضة بقيام الوزن، والوزن على حاله، ولم يثبت جنس المنفعة؛ لأن منفعتها الثمنية، والثمنية قد ازدادت بالضرب دراهم، وكذلك بجعلها إناءً لم تفت العين، ولم تفت منفعة الثمينة، بل انتقصت مع الثمنية، وبالنقصان لا ينقطع حق المالك.

ولو غصب صفراً وجعل كوزاً انقطع حق المالك، وكان الكرخي رحمه الله يقول: هذا إذا كان بعد الصنعة لا يباع وزناً، أما إذا كان يباع وزناً ينبغي أن لا ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رضي الله عنه كما في النقرة، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: والصحيح أن الجواب مطلق؛ بخلاف النقرة عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وإن كسر صاحب الصفر الكوز بعدما ضمن الغاصب قيمة صفرته، أو قبل أن يقضى

له بالقيمة، قال: عليه قيمة الكوز صحيحاً، ويأخذ الكوز، قال شمس الأئمة الحلواني: ولا يقع المقاصة بين الضمانين؛ لأن ما وجب لصاحب الصفر على الغاصب ضمان المثل؛ لأنه يضمنه مثل وزنه من الصفر، وما وجب للغاصب على صاحب الصفر ضمان القيمة، وهو قيمة الكوز، فكانا من جنسين، فلا تقع المقاصة بينهما، قال في «الكتاب»: إلا أنه يحاسب بما عليه بعض مشايخنا قالوا: مراده من هذا [١١٤أ/ ٢] إذا اصطلحا على شيء، فيكون استبدالاً فيجوز، أما بدون ذلك لا يجوز، لما بينا أن ما وجب لصاحب الصفر على الغاصب ضمان المثل، وما وجب للغاصب على صاحب الصفر ضمان القيمة، وبعض مشايخنا قالوا: تأويله إذا كان المغصوب صفراً ليس له بديل حتى وجب قيمة الصفر، فتقع المقاصة.

غصب من آخر مصحفاً ونقطه فهي زيادة، وصاحبه بالخيار؛ إن شاء أعطاه ما زاد ذلك فيه، وإن شاء ضمنه قيمته غير منقوط، وهذا قول محمد رحمه الله، وروى العلاء عن أبي يوسف أنه يأخذ بغير شيء، كرجل غصب غلاماً، وعلمه الكتاب.

في غصب «المنتقى»: غصب من آخر كاغدةً وكتب عليها، ذكر شيخ الإسلام أنه ينقطع حق المالك، وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله فيه اختلاف المشايخ، قال رحمه الله: والصحيح أنه لا ينقطع.

غصب من آخر قطناً وغزله ونسجه، أو غصب غزلاً ونسجه، ينقطع حق المالك، ولو غصب قطناً وغزله ولم ينسجه، ففيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه ينقطع.

غصب حنطة وطحنها، فقول أبي حنيفة ومحمد فيها معروف، وعن أبي يوسف ثلاث روايات؛ في رواية مثل ما قالا، وفي رواية قال: يزول ملكه، ولكن لا يسقط حقه عنه، وتباع العين في ديّته وهو أحق بذلك من جملة الغرماء إن مات، وفي رواية قال له أن يأخذ الدقيق، ويبرأ الغاصب عن الضمان.

غصب دقيقاً وخبزه، أو لحماً فشواه، أو سمسماً فعصره، ينقطع حق المالك في ظاهر رواية أصحابنا، وكذلك إذا غصب ساجة، وجعلها باباً، أو حديدة وجعلها سيفاً، ينقطع حق المالك، ويضمن قيمة الحديدة والساجة، وجميع ذلك للغاصب، وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة، وأدخلها في بنائه أو غصب آجراً وأدخله في بنائه أو جصاً. . . . .(١) فعليه في ذلك كله القيمة، وليس للمغصوب منه أن ينقض البناء، ويأخذ الساجة والخشبة، والآجر والجص.

ولو غصب ساجة وبنى عليها لا ينقطع حق المالك، وكان له أن يأخذها، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً فقال: إن كانت قيمة الساجة أقل من قيمة البناء، ليس له أن يأخذها، وإن كانت قيمة الساجة أكثر، فله أن يأخذها، وكذا في الساجة إذا كانت قيمتها أقل من قيمة البناء، لا يأخذ

(١) بياض بالأصل.

الساجة، وإذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء له أن يأخذ الساجة، وقال: المراد بما ذكر في «الكتاب» ما قلنا، وزعم أن هذا هو المذهب، قال مشايخنا: وهذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله أن من كان في يده لؤلؤة، فسقطت اللؤلؤة، فابتلعتها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة، إن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة، وضمن قيمتها للمالك، وإن شاء ترك اللؤلؤة، وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة، وكذلك لو أودع رجلاً فصيلاً، فكبر الفصيل حتى لا يمكن إخراجه من البيت إلا بنقض البناء ينظر إلى أكثرها قيمة، ويخير صاحب الأكثر، وستأتي مسألة الدجاجة واللؤلؤة، ومسألة الفصيل بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولم يذكر في «الأصل» ما إذا أراد الغاصب أن ينقض البناء، ويرد الساجة هل يحل له ذلك؟ وهذا على وجهين: إن كان القاضي قضى عليه بالقيمة لا يحل له نقض البناء، وإذا انتقض لم يستطع رد الساجة، وإن كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة؛ اختلف فيه المشايخ؛ بعضهم قالوا: يحل وبعضهم قالوا: لا يحل لما فيه من تضييع المال من غير فائدة.

غصب من آخر داراً ونقشها بهذه الأصباغ بعشرة آلاف، ثم جاء صاحب الدار أقول له: إن شئت فخذ الدار، وأعط الغاصب ما زاد الأصباغ فيه، فإن أبى جعلت الدار للغاصب بقيمتها إذا كان يبلغ الأصباغ شيئاً كبيراً، ولم ترتث هكذا روى هشام عن محمد رحمه الله، واستشهد عليه بدجاجة ابتلعت لؤلؤة؛ قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول في هذه المسألة: يقال لصاحب الدار: أعطِ الغاصب ما زاد النقش في دارك، فإن أبى أمر به بقلعه، وضمنه ما نقص القلع.

وفي «القدوري»: غصب من آخر داراً وجصها ثم ردها، قيل لصاحبها: أعطِ ما زاد الجص فيها إلا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب جصه، قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله: رجل وثب على باب مقلوع، ونقشه بالأصباغ، قال: سبيله سبيل الدار، قلت: وإن كان نقشه بالنقر وليس بالأصباغ قال: فهذا مستهلك للباب، وعليه قيمته، والباب له، قال: وكذلك لو نقش إناء فضة بالنقر.

قال هشام: وسألت محمداً عن رجل غصب أرضاً، وغرس فيها أشجاراً فَغَلُظَ وبلغ، قال: إن كان قلع الأشجار يفسد الأرض، فصاحب الأرض بالخيار؛ إن شاء أعطاه ما زاد الأشجار في أرضه بالغاً ما بلغ وإن شاء أخذه فقلعه وضمنه النقصان، وإن كان قلع الأشجار لا يفسد الأرض ولكن ينقصها شيئاً، فإنه يأخذ الأرض، ويقلع الأشجار ويضمنه النقصان، وليس لصاحب الأرض أن يقول: أنا آخذ الأشجار ولا أقلعها، وأعطيه قيمتها، إنما له أن يعطيه قيمتها إذا كان القلع يفسد الأرض.

غصب خمر مسلم وخللها، قال في «الكتاب»: لرب الخمر أن يأخذها، واختلف المشايخ فيه قال بعضهم: تأويل المسألة ما إذا خللها بشيء لا قيمة له بأن نقل من الشمس إلى الظل أو من الظل إلى الشمس أو ألقى فيه شيئاً يسيراً من الملح أو الخل،

بحيث لا قيمة له، أما إذا ألقى فيه خلاً أو له قيمة عند أبي حنيفة يصير الخل ملكاً للغاصب، ولا شيء عليه، وأما على قول أبي يوسف ومحمد؛ إن كان ألقى فيه الملح أخذه المالك، وأعطاه ما زاد الملح فيه، وإن كان ألقى فيه الخل فهو بينهما على قدر كيلهما.

ويستوي إن صبت من ساعتها أو بعد حين، وبعض مشايخنا قالوا: إن كان الذي صبَّ فيها خل كثير، حتى صار خلاً من ساعته، فهو كله للغاصب، وإن كان قليلاً، وصار خلاً بعد حين، فهو بينهما على مقدار كيلهما، وبعض مشايخنا قالوا: إن خلله بما ليس له قيمة أخذه مجاناً، وإن خلله بما له قيمة أخذه وأعطاه ما زاد الملح والخل فيه.

وإذا غصب عصيراً فصار خمراً عنده، فله أن يضمنه مثله إن كان في حينه، وقيمته إن كان في غير حينه، ولو أراد أن يأخذ الخمر، ولا يضمنه؛ هل له ذلك؟ اختلف المشايخ فيه، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله. والصحيح أنه ليس له ذلك [١١٤ب/ ٢] وقال بعضهم: له ذلك، وهكذا ذكر الكرخي في «كتابه» عن أبي يوسف.

ثم إذا كان له حق الأخذ على قول هؤلاء؛ لو أراد أن يضمنه النقصان مع ذلك ليس له ذلك، وذكر في «القدوري» عن أبي يوسف: أن من غصب عصيراً فصار عنده خلاً، أو لبناً حليباً، فصار عنده مخيضاً، أو عنباً فصار زبيباً، فالمغصوب منه بالخيار؛ إن شاء أخذ ذلك بعينه، ولا شيء له غيره، وإن شاء ضمنه مثله وسلم ذلك إليه؛ لأنه قد انتقص في يد الغاصب وتعيب ولا يمكن النقصان مع أخذ العين؛ لأن هذه الأعيان تجري فيها الربا، فلم تكن الجودة بانفرادها متقومة، فإذا أخذ العين سقط حق التضمين، وإن شاء ضمنه المثل.

وإذا غصب جلد ميتة ودبغه، إن دبغه بما لا قيمة له، فإنه يأخذه مجاناً، وإن دبغه بما له قيمة أخذه، وأعطاه ما زاد الدباغ فيه. قال القدوري في «كتابه»: هذا إذا أخذ الجلد من ميتة له ودبغه، أما إذا ألقى صاحب الميتةِ الميتةَ في الطريق، فأخذ رجل جلدها، ودبغه بما لا قيمة له، فليس للمالك أن يأخذ الجلد.

وللغاصب أن يحبس الجلد حتى يصل إليه قيمة ماله. ولو أراد صاحب الجلد أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه قيمة الجلد ليس له ذلك، ولو كان المغصوب جلد ذكي كان له ذلك.

قال مشايخنا: هذا الفرق بين جلد الميتة وبين جلد الذكي ذهب إليه الحاكم الشهيد، والجواب في الميتة وفي الذكي واحد، للمالك أن يترك الجلد عليه، ويضمنه قيمة جلده.

وفي «القدوري»: لو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديماً أو وقراً أو جراباً لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل؛ لأنه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب، فكان هو أولى. فإن كان الجلد ذكياً، فله قيمته يوم الغصب، وإن كان جلد ميتة فلا شيء له.

وفيه أيضاً: لو غصب خمراً وخللها، ثم استهلكها، فعليه خل مثله؛ لأنه صار خلاً

على ملك مالكه. وإذا غصب تراباً ولبّنه[١]، أو جعله آنية، فإن كان له قيمة، فهو مثل الحنطة إذا طحنها، وإن لم يكن له قيمة فهو له، ولا شيء عليه من الضمان؛ لأن الضمان إنما يقام مقام العين عند تقومه، وفي كل موضع ينقطع حق المالك، فالمغصوب منه أحق بذلك الشيء من بين سائر الناس حتى يستوفي حقه، فإن ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب، ولا يكون هذا بمنزلة الرهن، هكذا ذكر في «المنتقى». وفي «القدوري» أن المغصوب منه يكون أسوة للغرماء في الثمن، ولا يكون أخص بشيء من ذلك.

وفي «المنتقى»: ابن سماعة في «نوادره» عن محمد: رجل هشم طستاً لرجل، وهو مما يباع وزناً، فرب الطست بالخيار؛ إن شاء أمسك الطست، ولا شيء له، وإن شاء دفعه وأخذ قيمته وكذلك كل إناء مصنوع. وإن كان مما لا يباع وزناً كالسيف، فكسره رجل كان عليه ما نقصه، فإن جاء آخر، واستهلك السيف المكسور كان عليه حديد مثله، قال من قبل أنه يجوز للرجل أن يبيع سيفاً بدراهم وحديد مثل السيف، ولا يجوز أن يبيع طستاً يباع وزناً بدراهم وصفر مثل وزن الطست. قال في «المنتقى» أيضاً: وإذا باع الرجل شيئاً من غيره، ثم إن البائع فعل بعض ما وصفنا كل شيء كان الغاصب فيه مستهلكاً، ولم يكن للمغصوب منه أن يأخذه، فكذا ليس للمشتري أن يأخذه، وكل شيء لم يكن الغاصب فيه مستهلكاً، وكان للمغصوب منه أن يأخذه، فللمشتري أن يأخذه.

وفي «العيون»: غصب من آخر عبداً قيمته خمسمائة فخصاه فصار يساوي ألف درهم، نص عن محمد أن صاحب الغلام بالخيار؛ إن شاء ضمنه قيمته يوم الخصاء خمسمائة، وإن شاء أخذ الغلام، ولا شيء له، وقال بعض المشايخ: يقوم الغلام بكم يشترى للعمل قبل الخصاء، ويقوم بعد الخصاء فيرجع بفضل ما ينتهي، قال الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله: وهذان الجوابان خلاف ما حفظنا في المسائل المختلفة، فالمحفوظ فيها أن صاحب الغلام بالخيار؛ إن شاء ترك الغلام على الغاصب، وضمنه قيمته بخمسمائة، وإن أراد أخذ العبد يقوم العبد قبل الخصاء للعمل، ويقوم بعد الخصاء للعمل، فيرجع بنقصان ما بينهما؛ لأن هذه الزيادة حدثت بناء على رغبات فاسدة فيتأمل عند الفتوى، هذا كله بيان أحد حكمي الغصب.

جئنا إلى بيان الحكم الآخر، وهو وجوب الضمان حال عجز الغاصب عن رد العين، فنقول: المغصوب نوعان: مثلي الكيل والوزن الذي ليس في تبعيضه ضرر، والعددي المتقارب كالبيض والجوز والفلوس الرائجة، وما أشبه ذلك من العدديات التي لا تتفاوت أفراده وغير مثلي كالذرعيات والحيوان والعدديات المتفاوتة، والوزن الذي يضر تبعيضه، فإن كان غير مثلي فهلك في يد الغاصب بآفة سماوية أو بفعل الغاصب، أو بفعل غيره وجب عليه قيمته يوم الغصب، وإن كان مثلياً وجب عليه مثله إلا إذا وقع العجز عن رد المثل، وذلك بالانقطاع عن أيدي الناس، فحينئذٍ يصار إلى القيمة.

---

(١) ولبّنه: جعله لبنة، وهو المضروب من الطين مربعاً للبناء.

ثم إن عند أبي حنيفة تعتبر القيمة يوم القضاء والخصومة، وعند أبي يوسف تعتبر قيمته يوم الغصب، وعند محمد تعتبر قيمته في آخر يوم كان موجوداً وانقطع، ثم إن مشايخنا استثنوا من الموزونات الناطف المبرز، والدهن المربى فقالوا بضمان القيمة فيهما؛ لأن الناطف يتفاوت بتفاوت البزر، وكذلك الدهن المربى.

وإن كان المغصوب مثلياً فلقيه في بلد آخر والمغصوب قائم في يده والقيمة في هذا البلد مثل القيمة في بلد الغصب أو أكثر منها، فالمغصوب منه يأخذ المغصوب، وليس له أن يطالبه بالقيمة، وإن كان سعره في هذه البلد أقل من سعره في بلد الغصب فالمغصوب منه بالخيار؛ إن شاء أخذه في هذا البلد بقيمته في بلد الغصب، وإن شاء انتظر؛ لأنه يأخذ العين.

وإن كان يصل إليه عين حقه ولكن مع ضرر لحقه من قبل الغاصب، فكان له أن لا يلتزم الضرر، ويطالبه بقيمة ذلك البلد، وإن شاء انتظر بخلاف ما إذا وجده في البلد الذي غصب فيه، وقد انتقص السعر حيث لا يكون له الخيار؛ لأن النقصان ما حصل بفعل الغاصب بل هو مضاف إلى قلة رغبات الناس، فأما إذا نقله إلى بلد آخر، فالنقصان مضاف إلى فعل الغاصب. وهذه الجملة في «القدوري».

ومن هذا النوع مذكور في «المنتقى» وصورته: غصب من آخر دواء بالكوفة وردها عليه بخراسان [١١٠أ/ ٢] فإن كانت قيمتها بخراسان أقل من قيمتها بالكوفة فالمغصوب منه بالخيار؛ إن شاء أخذها، وإن شاء أخذ قيمتها بالكوفة، وإن كانت قيمتها بخراسان مثل قيمتها بالكوفة أمر المغصوب منه بأخذها؛ قال: وكذلك الخادم، وكل ماله حمل ومؤنة إلى ذلك الموضع قال: وكذلك ما كان .....[1] إلا الدراهم والدنانير، فإنه يأخذها حيث وجدها، وليس له أن يطالبه بالقيمة؛ لأنها الأثمان التي تجري عليها بياعات الناس، ومعناه أن معنى الثمنية لا يختلف باختلاف الأماكن، فلا يطالبه لغيره، وإن شاء أخر المطالبة؛ لأنها حقه.

وإن كان المغصوب مثلياً، وقد هلك في يد الغاصب، فإن كان السعر في المكان الذي التقيا مثل السعر في مكان الغصب، أو أكثر يدين برد المثل، وإن كان السعر في هذا المكان أقل، فهو بالخيار؛ إن شاء أخذ قيمة العين حين غصب، وإن شاء انتظر؛ لأنه إذا رد في المكان الذي طالبه به يستضر به، فإن اختلاف القيمة في المكانين لأجل الحمل والمؤنة، فصار كما لو كانت العين قائمة، ونقلها إلى بلدة أخرى، فكان بالخيار؛ إن شاء أخذ القيمة، وإن شاء انتظر، وإن كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر، فالغاصب بالخيار؛ إن شاء أعطى مثله، وإن شاء أعطى قيمته حيث غصب؛ لأن المالك لا يستحق إلا الرد في مكان الغصب، فلو ألزمناه تسليم المثل ههنا يستضر الغاصب، فإنه أدركته زيادة قيمة لا يستحق المغصوب منه، وفي التأخير إلى العود إلى مكان الغصب إضرار

(١) بياض بالأصل.

بالمغصوب منه، فقلنا: فإنه يسلم القيمة في مكان الغصب إلا أن يرضى المغصوب منه بالتأخير، وإن كانت القيمة في المكانين سواء كان للمغصوب منه أن يطالب بالمثل؛ لأنه لا ضرر على واحد منهما، هذه الجملة في «القدوري».

وفي «المنتقى»: غصب من آخر كراً من طعام يساوي مائة، ثم صار يساوي مائة وخمسين، ثم انقطع عن أيدي الناس، وعز وارتفع، وصار لا يقدر على مثله، وصار يساوي مائتين، ثم استهلكه الغاصب، فللمغصوب منه أن يضمنه مائتي درهم قيمته يوم استهلكه؛ لأنه حين انقطع من أيدي الناس صار بمنزلة عرض لا مثل له غصبه رجل فزادت قيمته، ثم استهلكه، فله أن يضمنه قيمته يوم استهلكه إن شاء، ولو كان غصب الكر، وهو يساوي مائتين، ثم صارت قيمته مائة وخمسين، ثم انقطع من أيدي الناس، ثم صارت قيمته مائة، ثم استهلكه الغاصب، فللمغصوب منه أن يضمنه قيمة مائة وخمسين آخر ما كان موجوداً في أيدي الناس، وليس له أن يضمنه أكثر من ذلك.

وذكر ابن رستم عن محمد في «نوادره» إذا أحرق كدس رجل إن كان البر إذا كان في السنبل أقل قيمة منه إذا كان خارجاً فعليه القيمة، وإن كان خارجاً أكثر قيمة، فعليه بر مثله وعليه وفي الحل القيمة.

وفيه أيضاً: رجل غصب كدساً فداسه، ثم أقام المغصوب منه قال: لا يقضى له بالبر كله، وبقيمة الحل؛ لأنه غيره عن حاله، فهو كبر طحنه. وفيه أيضاً: عن محمد رجل غصب من آخر حنطة، فلا شيء على الغاصب؛ لأنه لا قيمة لها، فقيل: لو أن رجالاً غصبوا حبة حبة، فبلغ ذلك قفيز حنطة، قال أبو يوسف: قوم .... [1] ما له قيمة، ضمنتهم قيمته، فإذا جاء برجل بعد رجل لم أضمنهم شيئاً؛ لأن كل إنسان إنما غصب منه ما لا قيمة له، ولو كانت في حبة حنطة قيمة، ما حل لأحد أن يلتقط النوى، وكان عليه أن يعرفها؛ لأنه لقطة. وإذا استهلك المغصوب، وضمنه القاضي القيمة ينظر؛ إن كان ذلك الشيء يباع في السوق بالدراهم يقوم بالدراهم، وإن كان يباع بالدنانير يقوم بالدنانير، وإن كان يباع بهما، فالقاضي مخير.

في شرح كتاب الصرف في باب الغصب الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف: رجل غصب بيضة وأتلفها فعليه مثلها، وهذا آخر قوله، وكان قوله الأول القيمة. في «المنتقى»، وفيه أيضاً بشر عن أبي يوسف: رجل غصب شاة وحلبها ضمن قيمة لبنها، وإن غصب جارية، فأرضعت ولداً له لا يضمن قيمة اللبن، وحكاه في موضع آخر من هذا الكتاب، عن أبي حنيفة رضي الله عنه.

وفيه أيضاً هشام عن محمد رحمهما الله قال أبو حنيفة رضي الله عنه: رجل غصب من آخر لحماً، واستهلكه، فعليه قيمته، وفيه كلمات أخر عرفت في كتاب البيوع، استهلك سرقين إنسان يجب عليه القيمة؛ لأنه ليس بمثلي؛ لأنه لا يكال ولا يورث إنما يحمل أوقاراً فيضمن بالقيمة؛ ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أن رد مثل

---

(١) بياض بالأصل.

المغصوب ومثل المستهلك في الموضع الذي وجب المثل يجب في موضع الغصب والاستهلاك، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن ضمان الجناية لا تجب في موضع الجناية، وإنما يجب في موضع الخصومة.

استهلك ثوباً لرجل وجاء بقيمته، فقال رب الثوب: لا أريدها، ولا أجعلك في حل، فللغاصب أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القبول، وإن لم يرفع الأمر إلى الحاكم، ووضع القيمة في حجره يبرأ وإن وضعه بين يديه لا يبرأ.

الفصل الثالث
فيما لا يجب الضمان باستهلاكه

كسر بيضة أو جوزة لغيره، فوجد داخلها فاسداً، فلا ضمان عليه؛ لأنه ظهر أنه ما استهلك مالاً، وكذلك لو كسر درهم إنسان، ثم ظهر أنه ستوق، فلا ضمان عليه لما قلنا.

إذا أفسد تأليف حصير إنسان، فإن أمكن إعادته كما كان أمرناه بالإعادة؛ لأنه قادر على رده كما أخذ، فصار كمن غصب سلمة إنسان . . . .(١) يؤمر بإعادة التركيب؛ لأن الإعادة ممكنة فيؤمر بالإعادة، وإن لم يمكنه الإعادة كما كان سلم له المقبوض، وضمن قيمة الحطب صحيحاً؛ لأنه عجز عن الرد كما أخذ فيصار إلى القيمة.

وإذا حل شراك نعل غيره، فإن كان النعل من النعال التي يستعملها العامة لا شيء عليه؛ لأنه لا مؤنة في إعادة شراكه، وإن كان النعل غريباً فإن كان لا ينقص سيره، ولا يدخله عيب لو أعيد يؤمر بالإعادة، ولا يضمن شيئاً، وإن كان ينقص سيره، ويدخله عيب لو أعيد يضمن النقصان.

وفي «واقعات الناطفي»: نزع باب دار إنسان عن موضعه أو حل سرج إنسان، أو جاء إلى ثوب . . .(١) الحائك، نسجه فنشره حتى أعاده إلى الحالة الأولى، فكل ما كان مؤلفاً، فنقض تأليفه، فالجواب فيه على الحق كما ذكرنا [١١٥ب/ ٢] في النعلين والحصير.

في «النوازل» هدم جدار رجل، ثم بناه الهادم قبل أن يضمن القيمة؛ إن بناه كما كان فلا ضمان عليه؛ لأنه أعاد الأول كما كان، فصار كمن فتق مخيط إنسان، ثم خاطه.

إذا دخل على صاحب دكانه بإذنه فعلق بثوبه شيء مما في دكانه، فسقط لا يضمن، هكذا ذكر في «واقعات الناطفي» وتأويله الصحيح: أن السقوط لم يكن بفعله ويده.

دفع إلى خياط كرباساً ليخيط له قميصاً، فخاط قميصاً فاسداً، وعلم صاحب الثوب بالفساد، فلبسه مع ذلك، فلا ضمان؛ لأنه لبسه مع العلم رضاءً بالفساد، ويعلم عن هذه المسألة كثير من المسائل.

إذا ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها ضمن، والراعي والبقار في مثل هذا لا يضمن،

---
(١) بياض بالأصل.

هكذا ذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من شركة «واقعاته».

وجواب محمد رحمه الله في «الأصل:» أن الراعي يضمن، وهو القياس في المسألة في باب إجارة الراعي، فالصدر الشهيد رحمه الله، فرق بين الراعي والبقار وبين الأجنبي، فضمن الأجنبي، ولم يضمن الراعي والبقار، والفقيه أبو الليث رحمه الله سوى بينهما فقال: لا يضمن الأجنبي كما لا يضمن الراعي لوجود الإذن بالذبح في هذه الحالة في حق الكل.

وكذلك الجواب في البعير؛ لأن الذبح في هذه الحال لإصلاح اللحم، وأما في الحمار والبغل، فلا يذبح؛ لأن ذبحهما ليس لإصلاح اللحم، وفي الفرس أيضاً لا يذبح؛ لأن ذبحه ليس لإصلاح اللحم عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن كراهته كراهة تحريم عنده وهو الصحيح.

إذا رفع التراب من أرض الغير إن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع إن انتقص الأرض برفعه ضمن النقصان، وإن لم ينتقص فلا شيء عليه، فلا يؤمر بالكثير، وإن قال به بعض العلماء، وإن كان للتراب قيمة في ذلك الموضع ضمن قيمته تمكن في الأرض أو لم يتمكن.

في «أدب القاضي» للخصاف في آخر باب اليمين: الصراف إذا غمز الدراهم وكسرها ضمن، إلا إذا قال المالك: اغمز، في غصب «العيون»، وكذلك دفع إليه قوساً، وقال له: أده فمده فهده، وانكسر؛ يضمن إلا إذا قال له مده في هذه الموضع أيضاً.

وفي صرف «المنتقى»: عن أبي يوسف في الصيرفي إذا انتقد الدراهم بإذن صاحبها فغمز درهماً فانكسر، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا ضمان، وقال أبو يوسف: إن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز فلا ضمان.

والمختار للفتوى أن صاحب المال إن أمره بالغمز فلا ضمان، وإن لم يأمره بالغمز، فإن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز، فلا ضمان عليه أيضاً، ويثبت الإذن بالغمز دلالة إذا كانت الحالة هذه إذا طبخ لحم غيره بغير إذنه ضمن، ولو جعل صاحب اللحمِ اللحمَ في القدر ووضعِ القدر على الكانون ووضع تحتها الحطب، فأوقد النار وطبخَ، فإنه لا يضمن استحساناً، ومن هذا الجنس مسائل أحدها هذه.

المسألة الثانية: إذا طحن حنطة غيره بغير أمره ضمن، ولو أن صاحب الحنطة جعل الحنطة في الدورق، وربط عليه الحمار في آخر، وساق الحمار فطحن لا يضمن.

المسألة الثالثة: إذا رفع جرة غيره بغير أمره فانكسر يضمن، ولو أن صاحب الجرة رفع الجرة فأمالها إلى نفسه، فجاء إنسان وأعانه على الرفع فانكسر فيما بين ذلك، لا يضمن.

المسألة الرابعة: من حمل على دابة غيره بغير أمره حتى هلكت الدابة يضمن، ولو حمل المالك على دابته شيئاً ثم سقط في الطريق فجاء إنسان وحمل بغير إذنه، فهلكت الدابة لا يضمن.

المسألة الخامسة: إذا ذبح أضحية غيره بغير إذنه؛ إن ذبح في غير أيام الأضحية لا يجوز، ويضمن الذابح، وإن ذبح في أيام الأضحية يجوز، ولا يضمن؛ لأن الإذن ثابت دلالة في هذه المسائل، والدلائل يجب اعتبارها ما لم يوجد الصريح بخلافه، هذه جملة ذكرها الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام رحمه الله في باب ما لا يجزىء في الأضحية.

ومن جنس هذه المسائل: ذكر محمد رحمه الله في شرح المزارعة في باب قبل باب المزارعة التي يشترط فيها المعاملة أن من أحضر فعلة لهدم حائط فجاء آخر، وهدم بغير إذنه لا يضمن استحساناً، وصار الأصل في جنس هذه المسائل أن كل عمل لا يتفاوت فيه الناس ثبتت الاستعانة بكل واحد من آحاد الناس دلالة، فأما إذا كان عملاً يتفاوت فيه الناس لا تثبت الاستعانة بكل واحد من آحاد الناس، كما لو علق الشاة بعد الذبح للسلخ فجاء إنسان وسلخ بغير إذنه ضمن، ذكره رحمه الله هذا الأصل.

في الباب أيضاً: القصاب إذا اشترى شاة، فجاء إنسان وذبحها، فهذا على وجهين: أما إن ذبحها بعدما أخذه القصاب، وشد رجلها، أو قبل ذلك، ففي الوجه الأول: لا يضمن، وفي الوجه الثاني: يضمن. نزع غريم رجل من يده يعزر لكن لا ضمان عليه.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: دابة لرجل دخلت زرع إنسان، فأخرجها صاحب الزرع، فجاء ذئب وأكلها، إن أخرجها ولم يسقها بعد ذلك، فلا ضمان عليه، عليه أكثر المشايخ، وهو المختار للفتوى، وإن ساقها بعد ذلك أكثر مشايخنا على أنه يضمن سواء ساقها إلى مكان بأن عليها من زرعه، أو أكثر من ذلك، وعليه الفتوى.

وكذلك الراعي إذا وجد في بادوكه بقرة لغيره، فطردها قدر ما تخرج من بين بادوكه لا يضمن، وإن ساقها بعد ذلك يضمن، فأما إذا وجد بقرة في زرعه، فأخبر صاحبها، فأخرجها صاحبها، فأفسدت الدابة الزرع إن أمر صاحب الزرع صاحب الدابة بالإخراج لا يضمن صاحب الدابة شيئاً هذه الجملة في الباب الأول من غصب «الواقعات».

المزارع إذا دفع البقر الذي دفعه إليه رب الأرض مع البذر، والأرض مزارعة إلى الراعي، فضاع لا ضمان على أحد. في غصب «فتاوى أهل سمرقند» إذا منع صاحب الزرع عن السقي حتى فسد الزرع؛ لم يكن عليه ضمان الزرع في «واقعات الناطفي».

الفصل الرابع
في كيفية الضمان

في «المنتقى»: بشر بن الوليد عن أبي يوسف في رجل خرق طيلساناً ثم رماه، قال أقومه صحيحاً وأقومه مخروقاً فأضمنه فضل ما بينهما، وعنه أيضاً: رجل حفر بئراً في ملكه، فطمها رجل بترابها، قال: أقومها محفورة، وغير محفورة، فأضمنه فضل ما بينهما، وإن طرح فيها تراباً أجبرته على أن يخرجه، وإن كانت في الصحراء، فإن لم يخرج الماء [١١٦أ/ ٢] فليس عليه من طمها شيء، وإن أخرج الماء، فقد استحقها؛ لأنه

بئر عطن، فهو ضامن لفضل ما بينهما.

إذا مزق دفاتر حساب إنسان، فاستهلكها ولم يدر ما أخذ وما أعطى، يضمن للمالك قيمة دفاتر الحساب، وهو أن ينظر بكم يشترى ذلك.

في غصب «فتاوى أهل سمرقند» وهو نظير ما ذكر في «فتاوى أبي الليث»: أن من حرق صك إنسان، يضمن قيمة الصك مكتوباً على قول أكثر المشايخ، ولا ينظر إلى المال؛ لأن الإتلاف صادف الصك، أما ما صادف المال.

في «المنتقى»: هشام عن محمد قال: عند المفتين باطل؛ لأنه لو صبه إنسان لمسلم لم أضمنه، فقيل له: يقول أبو حنيفة فيمن صب سكراً لمسلم أيضمن قيمته أو مثله، قال: قيمته إذا كسر بربط إنسان أو طنبور إنسان أو دفه أو ما أشبه ذلك من الآلات الملاهي فعلى قولنا: لا ضمان عليه، وعلى قول أبي حنيفة: يجب الضمان؛ لأن هذه الأشياء صالحة للانتفاع بجهة أخرى سوى اللهو بأن يجعل ظرف الأشياء، فيضمن قيمتها من هذا الوجه لا من حيث كونه طنبوراً أو بربطاً.

وذكر في «الجامع الصغير»: أن على قول أبي حنيفة يضمن؛ إلا إذا فعل بإذن الإمام، قال القاضي الإمام صدر الإسلام في شرح «الجامع الصغير» والفتوى على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس، وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي في «الجامع الصغير» أيضاً: أن قول أبي حنيفة قياس، وقولهما استحسان، قال صدر الإسلام ثمة: ثم عند أبي حنيفة: إذا وجب الضمان يجب الضمان على وجه الصلاحية بغير التلهي على أي وجه يمكن الانتفاع بذلك وعلى هذا الخلاف النرد والشطرنج؛ لأنه يمكن أن يجعل هذه الأشياء . . . . .[1] وفي «القدوري» يقول في مسألة الطنبور والبربط أنه يضمن قيمته خشباً منحوتاً، وفي «المنتقى» يقول: يضمن قيمته خشباً ألواحاً.

هشام قلت لمحمد رحمه الله: إذا أحرق باباً منحوتاً عليه تماثيل منقوشة، قال: في قولي: يضمن قيمته غير منقوش بتماثيل، فإن كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل ضمن قيمته منقوشاً بمنزلة منقوش شجر، قلت: لو أحرق بساطاً فيه صورة رجال، قال: ضمن قيمته مصوراً؛ لأن البساط يوطأ.

قلت: إذا هدم بيتاً مصوراً بهذه الأصباغ تماثيل الرجال والطير قال: أضمنه قيمة البيت، والأصباغ غير مصورة، وإن قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية، إلا أن يكون الغناء نقصاً فأقومها على ذلك سواء وإن كانت الجارية حسن الصوت؛ إلا أنها لا تغني، فهو على حسن الصوت، والحمامة إذا كانت تقرقر، والفاختة إذا كانت تقرقر تعتبر قيمتها مقرقرة، والحمامة إذا كانت تجيء من بعيد، لا تعتبر قيمتها على ذلك.

والفرس إذا كان يسبق عليه، فهو على السابق قيمته، وفي الحمامة إذا كانت طائرة تعتبر قيمتها غير طائرة، وكذلك كل شيء يكون بغير تعليم.

---

(١) بياض بالأصل.

غصب من آخر أرضاً وزرعها، وانتقصت الأرض بسبب الزراعة، فعلى الغاصب نقصان الأرض، واختلف المشايخ في طريق معرفة النقصان، قال بعضهم: ينظر بكم تؤاجر هذه الأرض قبل الزراعة، وبكم تؤاجر بعد الزراعة، فمقدار التفاوت نقصان الأرض، وقال بعضهم: ينظر بكم تشترى هذه الأرض قبل الزراعة، وبكم تشترى بعد الزراعة فمقدار التفاوت نقصان الأرض، قال شمس الأئمة السرخسي: والقول الأول أقرب إلى الصواب.

قطع شجرة من دار رجل بغير أمره، فرب الدار بالخيار؛ إن شاء ترك الشجرة على القاطع، وضمنه قيمة الشجرة قائمة، وطريقة معرفة ذلك أن تقوم الدار مع الشجرة، ويقوم الدار بدون الشجرة، فيضمن فضل ما بينهما. وإن شاء أمسك الشجرة، ويضمنه قيمة النقصان قائماً وطريقة معرفة ذلك: أن يقوم الدار مع الشجرة، وبغير الشجرة أصلاً، فتفاوت ما بينهما قيمة الشجرة، ثم ينظر إلى ذلك وإلى قيمة الشجرة مقطوعة ففضل ما بينهما قيمة نقصان القطع، حتى لو كان قيمة الشجرة مقطوعة وغير مقطوعة على السواء، لا شيء عليه.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله وفي «مجموع النوازل» من قلع شجرة من بستان رجل أو من داره فاستهلكها، فعليه نقصان الدار والبستان، ومن قلع شجرة من أرض رجل، فعليه قيمة الحطب، جاء إلى تنور راش وقد سخنت بقصب فصب فيه الماء، نظر إلى قيمة التنور كذلك وإلى قيمته غير مسجور فيضمن فضل بينهما، وكذلك بئر الماء إذا بال فيها إنسان على هذا.

في «واقعات الناطفي»، وفي جنايات «فتاوى أهل سمرقند»: فتح رأس تنور إنسان حتى برد، فعليه قيمة الحطب مقدار ما يسجر به التنور، ويمكن أن يقال: ينظر بكم يستأجر التنور المسجور يبيع به من غير أن يسجره، فيضمن ذلك القدر، أو ينظر إلى أجرته مسجوراً أو غير مسجور، فيضمن تفاوت ما بينهما.

الفصل الخامس
في خلط الغاصب مال رجلين أو رجل، أو مال غيره بماله، أو اختلط أحد المالين بالآخرين من غير خلط

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: غصب من آخر حنطة، وغصب من آخر شعيراً، وخلطهما؛ ضمن لكل واحد منهما مثل ما غصب منه، ولم يذكر في «الكتاب» أن المخلوط لمن يكون، واعلم بأن الخلط يكون على نوعين:

خلط لا يتأتى معه التمييز كخلط اللبن باللبن، والحنطة بالحنطة وفي هذه الصورة يكون المخلوط ملكاً للخالط، ويتقرر حق المالك في المثل عند أبي حنيفة رضي الله عنه، ولكن لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط، قبل أداء البدل وعلى قول أبي يوسف

ومحمد: للمالك الخيار؛ إن شاء ضمنه مثل حقه، وإن شاء شاركه في المخلوط، وأجمعوا على أنه لو غصب دهن جوز وخلط بدهن بزر أن المخلوط يصير ملكاً للخالط.

وخلط يتأتى معه التمييز، وهو على نوعين: نوع يحتاج فيه إلى كلفة، ومشقة للتمييز كخلط الحنطة بالشعير، والجواب في هذا النوع عندهما كالجواب في النوع الأول في ظاهر الرواية، وبه أخذ بعض المشايخ، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن قوله في هذا النوع كقولهما، وبه أخذ بعض المشايخ، وإليه أشار في كتاب الغصب في أول كتاب الوديعة فإنه قال: إذا كان الخالط أجنبياً، ولا يظفر به فلهما أن يبيعا، وأن يكون لهما حق البيع إذا كان مشتركاً بينهما.

أما إذا كان ملك الخالط لا يمكنهما البيع، من المشايخ من قال: ما ذكر من الجواب في تلك المسألة قول أبي يوسف ومحمد، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، أما على ظاهر رواية أبي حنيفة رضي الله عنه [١١٦ب/ ٢] لا يكون لهما حق البيع، ومنهم من قال: ما ذكر ثمة قول الكل وهو الأصح، والعذر لأبي حنيفة على ظاهر الرواية أن حق البيع لهما في تلك الصورة ما كان باعتبار أن المخلوط لم يصر ملكاً للخالط، بل باعتبار أن المخلوط، وإن صار ملكاً للخالط فحقهما لم ينقطع عنه بل يتوقف تمام الانقطاع على وصول البدل إليهما.

ألا ترى أنه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط ما لم يؤدِّ البدل إليهما، وإذا بقي حقهما قلنا إنه يباع المخلوط لإبقاء حقهما كالمبيع يباع عند تعذر استيفاء الثمن من المشتري لعينه كذا ههنا. ومن المشايخ من قال على قول أبي حنيفة رضي الله عنه في هذا الخلط قياس واستحسان، القياس: أن يصير المخلوط ملكاً للخالط، وفي الاستحسان: لا يصير.

ونوع لا يحتاج إلى التمييز فيه إلى كلفة ومشقة كخلط البيض بالسود، والدراهم بالدنانير، وفي هذا النوع لا يجب الضمان على الخالط، ولا يصير المخلوط ملكاً للخالط بالإجماع.

في «المنتقى»: قال هشام: سألت محمداً رحمه الله عن رجل غصب من رجل ألف درهم، وخلطهما درهماً من ماله، قال: مذهب أبي يوسف في هذا أن دراهم الخالط إذا كان أكثر، فهو مستهلك ضامن للدراهم المغصوبة، وإن كان دراهم الخالط أقل، فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه دراهم، وإن شاء شاركه في المخلوط بقدر دراهمه قلت: فإن كانا سواء، فما مذهب أبي يوسف؟ فقال: لا أدري، وأما في قولنا: المغصوب منه بالخيار على كل حال؛ إن شاء ضمن الغاصب دراهمه، وإن شاء كان شريكاً فيها.

وفيه أيضاً هشام عن محمد: إذا كان مع رجل سويق، ومع رجل آخر سمن أو زيت فاصطدما فانصب زيت هذا أو سمنه في سويق هذا، فإن صاحب السويق يضمن لصاحب السمن أو الزيت مثل كيل زيته أو سمنه؛ لأن صاحب السويق استهلك سمن هذا، ولم يستهلك صاحب السمن سويق هذا؛ ولأن هذا زيادة في السويق.

وإن كان مع أحدهما سويق، ومع الآخر نورة، فاصطدما فانصب سويق هذا في نورة هذا، فإن شاء صاحب السويق أخذ سويقه ناقصاً، وأعطى الآخر مثل نورته، وإن شاء ضمن صاحب النورة مثل كيل سويقه، وسلم له سويقه، وضمن صاحب السويق لصاحب النورة مثل كيل نورته؛ لأن كل واحد منهما جانٍ، وإن فعل ذلك غريب وذهب، فليس لصاحب النورة على صاحب السويق شيء؛ لأن النورة لم تزد في سويقه بل نقصه، والسويق لصاحب السويق.

وفي «القدوري» صب ماء في طعام فأفسده، وزاد في كيله، فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء، وليس له أن يضمنه طعاماً مثله، وكذا لو صب ماء في دهن أو زيت؛ لأن الطعام المبتل والدهن الذي صب في الماء لا مثل له، فيغرم القيمة، ولا يجوز أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء؛ لأنه لم يكن منه غصب مقدم؛ حتى لو غصب ثم صب عليه الماء فعليه مثله.

وفي «المنتقى:» عن محمد رحمه الله رجل معه دراهم ينظر إليها، فوقع بعضه في دراهم رجل، فاختلط، كان ضامناً لها؛ قال: لأن هذا جناية منه، وإن لم يتعمد.

نوع منه

ذكر في «فتاوى أبي الليث:» دجاجة ابتلعت لؤلؤة رجل؛ ينظر إلى قيمة اللؤلؤة، وإلى قيمة الدجاجة أيهما أكبر يخير صاحبها؛ إن كانت قيمة اللؤلؤة أكثر يقال لصاحبها: إن شئت فأعط قيمة الدجاجة واذبحها، وإن شئت فتربص إلى أن تخرج اللؤلؤة منها.

وإن كانت قيمة الدجاجة أكثر؛ يقال لصاحبها: إن شئت فأعط قيمة اللؤلؤة، وإلا فاذبح الدجاجة، وهكذا الجواب في الأترجة إذا دخلت في قارورة الإنسان وكبرت، ولو أدخل رجل أترجة رجل في قارورة رجل، فكبرت الأترجة فلا خيار لأحد، وضمن الفاعل لصاحب الأترجة قيمة الأترجة، ولصاحب القارورة قيمة القارورة، وتكون الأترجة والقارورة له بالضمان.

وفيه أيضاً: شجرة قرع نبتت في أرض رجل، فصارت في حب رجل، وانعقدت فيه حتى عظمت، ولم يتمكن إخراجها إلا بكسر الحب أو القرع؛ ينظر إلى أكثرهما قيمة يقال لصاحبه: أد قيمة الآخر وتملكه وإن باعا الحب والقرع جاز، ويضرب كل واحد منهما من الثمن بقيمة سلعته.

وفي كتاب الحيطان: دخل قرن الشاة في قدر . . .[1] وتعذر إخراجه، ينظر أيهما كان أكثر قيمة من الآخر، فيؤمر صاحب أكثرهما قيمة بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه، ويتملك مال صاحبه، ويكون مخيراً بعد ذلك يتلف أيهما شاء، وكذلك إذا كان للمستأجر حب في الدار المستأجرة لا يمكن إخراجه إلا بهدم شيء من الحائط؛ ينظر أيهما أكثر قيمة، ما ينهدم من الحائط بإخراج الحب، أو الحب.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «المنتقى» هشام في «نوادره» عن محمد رحمه الله: دجاجة رجل ابتلعت لؤلؤة رجل آخر؛ يقال لصاحب الدجاجة: إن شئت فأعط قيمة اللؤلؤة، فإن أبى صاحب الدجاجة إعطاء قيمة اللؤلؤة، أعطي الدجاجة بقيمتها، وكذلك إن ابتلعها بعير، وقيمة اللؤلؤة كثيرة، وإن كانت قيمة اللؤلؤة شيئاً يسيراً فلا شيء على صاحب البعير.

وفيه أيضاً: بشر عن أبي يوسف: في طائر ابتلع لؤلؤة، فأراد صاحب اللؤلؤة أن يأخذ الطائر، قال: لا أجبر صاحب الطائر أن يعطيه الطائر، ويأخذ قيمة الطائر، وكذلك كل شيء يبتلع اللؤلؤة، وقيمة اللؤلؤة خير منه.

وفي «العيون»: رجل أودع رجلاً فصيلاً، فأدخله المودع في بيته حتى عظم، فلم يقدر على إخراجه إلا بقلع بابه، فله أن يعطي قيمة الفصيل يوم صار الفصيل في حد لا يستطيع الخروج من الباب، ويتملك الفصيل دفعاً للضرر عن نفسه إن شاء، وإن شاء قطع الباب، ورد الفصيل.

قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: ويجب أن يكون تأويل المسألة إذا كان قيمة ما ينهدم من البيت بإخراج الفصيل أكثر من قيمة الفصيل، أما إذا كان قيمة الفصيل أكثر من قيمة ما ينهدم من البيت بإخراج الفصيل؛ يؤمر صاحب الفصيل بدفع قيمة ما ينهدم إليه، وأخرج الفصيل ليكون هذا الجواب مطابقاً لما ذكر في «النوازل».

وفي كتاب «الحيطان»: هذا إذا أدخل المودع الفصيل في بيته. ولو استعار المودع بيتاً وأدخل الفصيل وعظم الفصيل وباقي المسألة بحالها، يقال لرب الفصيل: إن أمكنك إخراج الفصيل، فأخرجه، وإلا [١١٧أ/ ٢] فانحره واجعله قطعاً قطعاً، وإن كان حماراً أو بغلاً إن كان ضرر الباب فاحشاً كذلك أيضاً، وإن كان يسيراً له أن يقلع الباب، ويغرم مقدار ما أفسد من الباب، وهذا نوع استحسان؛ لأنه لو لم يجعل كذلك يتضرر صاحب الحمار والبغل بفوات حقه أصلاً.

وفي «الواقعات» للناطفي: قصار بسط ثوباً على حبل في الريح، فجاءت وحملته وألقته في صبغ إنسان حتى انصبغ، فليس على القصار ولا على رب الثوب شيء من قيمة الصبغ، قال الصدر الشهيد رحمه الله: وهذا بخلاف ما حفظنا في المسائل الخلافية، فالمحفوظ في الخلافية أن صاحب الثوب يأخذ ثوبه، ويضمن ما زاد الصبغ فيه إلا إذا أبى صاحب الثوب أخذ الثوب فحينئذٍ كان الجواب كما ذكر الناطفي، وذكر «القدوري» في باب الثوب يصبغه الغاصب على نحو ما ذكره الصدر الشهيد رحمه الله.

الفصل السادس
في استرداد المغصوب من الغاصب، وما يمنع من ذلك، وفيما يبرأ الغاصب به عن الضمان وما لا يبرأ

قال الكرخي رحمه الله: إذا أحدث المغصوب منه في الغصب حدثاً يصير به غاصباً لو وقع في ملك الغير صار مسترداً للغصب، وبرىء الغاصب به عن الغصب، وذلك نحو

أن يستخدم المغصوب أو يلبس المغصوب؛ لأن غاصب إثبات اليد على المحل، فإذا أحدث حدثاً يصير به غاصباً، فقد أثبت يده على المغصوب، وثبوت يد المالك يوجب سقوط الضمان عن الغاصب، وسواء عرف ذلك أو لم يعرف؛ لأن الحكم يبنى على السبب دون العلم، ولا يكون الغاصب غاصباً بالغصب الأول لهذا إلا أن يحدث غصباً مستقبلاً.

وكذلك لو أن الغاصب كسى الثوب رب الثوب، فلبسه حتى تخرق، وعرفه أو لم يعرفه، وكذلك إذا باعه من صاحبه أو وهبه له، ولم يعرفه حتى لبسه وتخرق، كذلك إذا غصب طعاماً ثم أطعمه، وعرفه أو لم يعرفه.

وكذلك إذا جاء المغصوب منه إلى بيت الغاصب، وأكل ذلك الطعام بعينه، وقد عرفه أو لم يعرفه لم يجب به شيء من الضمان، وإن كان الغاصب خبز الدقيق أو شَوَى اللحم، ثم أطعمه لم يبرأ عن الضمان؛ لأنه ما أثبت يده على المغصوب في هذه الصورة؛ لأنه بالخبز والشي خرج من أن يكون مغصوباً، وصار ملكاً للغاصب.

قال: ولو أن المغصوب منه آجر العبد من الغاصب للخدمة أو الثوب للبس برىء من ضمان العبد حتى وجب عليه الأجر بالإجارة؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، وقد قالوا: إذا استأجر العبد المغصوب من مولاه ليبني له حائطاً معلوماً لا يسقط عنه الضمان حتى يبدأ بالبناء؛ لأن الأجرة في هذه الصورة لا تجب بالتخلية، وإنما تجب بالعمل، وسقوط الضمان معلق بوجوب الأجر، فأما في الاستخدام؛ فالأجر يجب بالتخلية كما وقع عقد الإجارة يبرأ عن الضمان.

ولو زوج الجارية المغصوبة من الغاصب، لم يبرأ عن الضمان في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه، خلافاً لأبي يوسف: وهو فرع اختلافهم في المشتري إذا زوج الجارية المشتراة قبل القبض، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لا يصير قابضاً لها، وعلى قول أبي يوسف: يصير قابضاً لها، ولو كان المغصوب منه استأجر الغاصب ليعلم المغصوب عملاً من الأعمال، فذلك جائز، وهو في يد الغاصب على ضمانه إن هلك قبل أن يأخذ في ذلك العمل أو بعده ضمن.

وكذلك لو استأجر ليفتل الثوب المغصوب؛ لأن الاستئجار على التعليم، وفتل الثوب لا يقتضي ثبوت اليد عليه، فإنه يتصور وقوع العمل فيه مع كونه في يد المالك وداره، فلا يبرأ من الضمان، وإن كان له أجر في عمله إنما يبطل عنه الضمان إذا صار عليه الأجر؛ لأنه لا يتحمل أجر وضمان أما أن يكون له الأجر وهو ضامن، فهذا جائز، بخلاف استئجار الدابة للركوب؛ لأن استيفاء منفعة الدابة لا يكون إلا بعد كونه مسلماً إليه فثبوت بدل الإجارة، يستدعي انتفاء ضمان الغصب.

رجل خان رجلاً حنطة، ثم دفعها إليه بعينها إليه، وقال: اطحنها لي، فطحنها، ثم علم أنها كانت حنطته برىء من الضمان، وكذلك لو خانه غزلاً ثم دفع ذلك الغزل بعينه إلى صاحب الغزل، وقال: انسجه لي فنسجه ثم علم به.

وكذلك إذا غصب من رجل دابة، ومات صاحب الدابة، إن ابنه استعار منه دابة فأعارها إياه، وعطبت تحته بريء من الضمان.

المعلى في «نوادره» عن أبي يوسف. . .[١] عن أبي حنيفة رضي الله عنه: رجل غصب من رجل ثوباً، فأحرقه رجل في يده، ثم أعطى المحرق الغاصب قيمة الثوب بريء، قال أبو يوسف: ليس على المحرق أن يعطي الغاصب قيمته، وإذا أعطى لا يبرأ؛ إلا إذا كان الإعطاء بقضاء القاضي، ولا ينبغي للقاضي أن يجبره على إعطاء القيمة إذا علم أن الطالب غاصب، لكن يضمنها على يدي رجل عدل حتى يحضر رب الثوب، فيختار ضمان أيهما، قال أبو الفضل رحمه الله: هذا الجواب خلاف ما قال في «الأصل» غصب من آخر داراً، ثم إن الغاصب استأجرها من المغصوب منه، والدار ليست بحضرتهما حين استأجرها ينظر إن كان هو ساكنها أو لم يكن هو ساكنها؛ إلا أنه قادر على إسكانها بريء من ضمانها؛ لأني أوجب عليه الأجر حينئذٍ.

وفي «الجامع» في باب متصل بباب الطويل من البيوع: إذا أمر المالك الغاصب ببيع المغصوب، فقبل البيع لا يخرج عن ضمان الغاصب، وكذا بعد البيع قبل التسليم لا يخرج من ضمان الغصب حتى لو هلك قبل البيع، أو بعد البيع قبل التسليم بحكم البيع يهلك بالغصب.

وكذا المغصوب منه إذا باع بنفسه فقبل التسليم لا يخرج عن ضمان الغاصب، وكذا المغصوب منه إذا أمر الغاصب بأن يضحي الشاة، فقبل أن يضحي بها لا يخرج عن ضمانه، نص عليه شمس الأئمة السرخسي في أول شرح كتاب العارية: إذا رد الغاصب المغصوب على المغصوب منه، فجواب «الكتاب» أنه يبرأ مطلقاً، قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في كتاب الإقرار: والمسألة في الحاصل على وجوه: إن كان المأخوذ منه كبيراً بالغاً؛ فالجواب ما قال في «الكتاب»، وإن كان صغيراً، إن كان مأذوناً في التجارة فكذلك، وإن كان محجوراً إن كان صبياً لا يعقل القبض والحفظ؛ لا يبرأ عن الضمان إذا رده عليه بعدما أخذ منه، وتحول منه، وإن ردَّ عليه قبل أن يتحول عن مكان الأخذ يبرأ استحساناً، وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أخذ [١١٧ب/ ٢] لقطة، وردها إلى مكانها؛ إن رد بعدما تحولت لا يبرأ، وإن رد قبل التحول بريء استحساناً، وإن كان صبياً يعقل القبض والحفظ، ففيه اختلاف المشايخ.

وفي «فتاوى الفضلي»: أنه يبرأ عن الضمان إذا كان الصبي يعقل الأخذ والإعطاء من غير ذكر خلاف، وإن كان لا يعقل الأخذ والإعطاء؛ لا يبرأ من غير تفصيل.

وفيه أيضاً: إن كان المغصوب دراهم، وقد استهلكها الغاصب، ثم رد مثل ذلك على الصبي، وهو يعقل يبرأ إذا كان مأذوناً، وإن كان محجوراً عليه لا يبرأ.

ذكر في آخر كتاب «اللقطة»: إذا نزع الخاتم من إصبع نائم، ثم أعاده إلى إصبعه

---

(١) بياض بالأصل.

قبل أن يفيق من تلك النومه يبرأ، وإن أعاد إلى إصبعه بعدما تنبه ثم نام لا يبرأ، وذكر الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف أخذ من نائم نعله أو خاتماً كان في إصبعه، ثم أعاد إلى مكانه وهو نائم؛ قال أبو يوسف: إن لم يستيقظ حتى رده بريء، وإن استيقظ ثم نام ثم رده، ثم ضاع ضمن إذا لم ينتبه بعد ذلك، وقال محمد رحمه الله: إن أعاد في مجلسه ذلك استحسن أن يبرأ عن الضمان؛ سواء رده في تلك النومة أو نومة أخرى وإلا ضمنته، وكذلك إذا رده إلى إصبع أخرى.

إذا لبس ثوب غيره بغير أمره حال غيبته، ثم نزعه، وأعاده إلى مكانه؛ لا يبرأ قال مشايخنا: وهذا إذا لبس كما يلبس ذلك الثوب عادة، فأما إذا كان قميصاً، فوضعه على عاتقه، ثم أعاده إلى مكانه، فلا ضمان؛ لأن هذا حفظ، وليس باستعمال.

في آخر كتاب «اللقطة» وفي «المنتقى» ابن سماعة عن محمد: في رجل أخذ ثوب رجل من بيته بغير أمر، فلبسه ثم رده إلى بيته، فوضعه فيه، فهلك؛ لم يضمن استحساناً، وكذلك لو أخذ دابة غيره من آرية بغير أمره، ثم ردها إلى موضعها، فذهبت فلا ضمان استحساناً، وإن أخذ الدابة من غير المالك غصباً ثم ردها، فلم يجد صاحبها، ولا خادمه، فربطها في دار صاحبها على معلفها، فهو ضامن؛ نص عليه شمس الأئمة في شرح كتاب العارية.

وفي «المنتقى» الحسن بن زياد عن أبي يوسف: رجل أخذ شيئاً من دار رجل بغير علمه، ثم رده بعد أيام إلى ذلك الموضع؛ لا يبرأ عن الضمان ما لم يرده على صاحبه.

وفيه ابن سماعة عن محمد: في رجل أخذ من كيس رجل خمسمائة درهم، وقد كان في الكيس ألف درهم، فذهب، ثم ردها بعد أيام، ووضعها في الكيس الذي أخذها منه، فإنه يضمن الخمسمائة التي كان أخذها، ولا يبرأ منها بردها إلى الكيس.

وفي «فتاوى أبي الليث»: غصب من رجل ثوباً، وجاء به إلى المغصوب منه، ووضعه في حجره، والمغصوب منه يعلم بالوضع؛ إلا أنه لا يعلم أنه ثوبه فجاء إنسان، وحمله من حجر المغصوب منه؛ قال: أخاف أن لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه يقع عند المغصوب أنه وديعة، ولا يعلم أنه ثوبه ليتابع في الحفظ.

في هذا الموضع أيضاً: غصب من آخر سفينة، فلما ركبها وبلغ وسط البحر لحقه صاحبها، فليس له أن يستردها من الغاصب، لكن يؤاجرها من ذلك الموضع إلى الشط مراعاة للجانبين.

وكذلك لو غصب دابة، ولحقها صاحبها في المفازة في موضع المهلكة، فليس له أن يستردها، ولكن يؤاجرها منه لما قلنا.

وإذا كفن الميت في ثوب غصب، ودفن وأهيل التراب عليه، فإن كان للميت تركة أخذ القيمة من تركته، ولا ينبش الميت، وكذا إذا لم يكن للميت تركة، ولكن تبرع إنسان بأداء القيمة أخذ المالك القيمة من المتبرع، ولا ينبش القبر، وإن لم يكن شيء من ذلك فصاحب الكفن بالخيار؛ إن شاء تركه لآخرته، وهو له فضل، وإن شاء نبش القبر، وأخذ

الكفن، قيل: هذا إذا كفن من غير خياطة، فإن نبش القبر، وأخذ الكفن، فوجده قد انتقص، فله أن يضمن الذين كفنوه ودفنوه؛ لأنهم صاروا غاصبين.

غصب من آخر دابة، أو ثوباً، أو دراهم، وهي قائمة بعينها، فأبرأه المغصوب منه منها صح الإبراء، وتكون العين أمانة في يده، وكذا لو قال: حللته من الغصب، وإن كان المغصوب مستهلكاً بريء من ضمان القيمة، ويكون إبراء عن ضمانها.

في «عيون المسائل» وفي «فتاوى النسفي»: غصب من آخر ساجة وأدخلها في ثيابه أو غصب من آخر بالة وغرسها في أرضه، وكبرت حتى انقطع حق المالك، ثم إن المالك قال للغاصب: وهبت منك الساجة، والبالة صح، وهذا إبراء عن الضمان في الحاصل.

إذا هشم إبريق فضة إنسان فجاء آخر، وهشمه هشماً بريء الأول عن الضمان، والثاني ضامن، وإنما بريء الأول؛ لأن صاحب الإبريق لا يمكن أن يرد الإبريق على الأول على الحالة الذي هشمه، قال الفقيه أبو الليث: وكذا روي عن محمد بن الحسن في رجل صب ماء على حنطة رجل، فجاء رجل آخر، وصب ماء آخر، وزاده نقصاناً، فالأول يبرأ، والضمان على الثاني قيمتها يوم صب عليها الثاني.

وفي صرف «الأصل»: إذا كسر إناء فضة لرجل، واستهلكه صاحبه قبل أن يعطيه إناءه، فلا شيء على الكاسر؛ لأن شرط التضمين تسليم المكسور إليه، وقد فوته بالاستهلاك.

الفصل السابع
في التسبب إلى الإتلاف

قال محمد رحمه الله في كتاب اللقطة: إذا حل دابة مربوطة لرجل، ولم يذهب بها، فذهبت الدابة، فلا ضمان على الذي حلها عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ سواء ذهبت الدابة على الفور أو بعد ذلك بزمان، وعلى قول محمد يجب الضمان.

وكذلك إذا فتح باب دار إنسان، وفي الدار دواب، فذهبت الدواب.

وكذلك إذا فتح باب قفص إنسان، فطار الطير الذي فيه؛ روي عن محمد رواية أخرى أنه إذا ذهبت الدابة على الفور، أو طار الطير على الفور؛ أنه ضامن، وإذا ذهبت وطار لا على الفور، فلا ضمان، وإنما لم يجب الضمان عندهما؛ لأن الطائر في الطيران مختار، وتركه منه متصور، فلا يحال بالتلف على الفاتح، كما لو حل قيد عبد إنسان حتى ذهب العبد، ومحمد رحمه الله يقول في فصل العبد: العبد له اختيار معتبر شرعاً حتى لو لم يكن كذلك بأن كان العبد مجنوناً؛ ذاهب العقل، فهو والدابة سواء، وعن محمد أيضاً؛ لو كان العبد المجنون مقيداً في بيت مغلق، فحل إنسان قيده، وفتح الآخر الباب، فالضمان على الفاتح لا على الحال؛ قال الفقيه أبو الليث رحمه الله [١١٨أ/ ٢] وقد ذكر محمد رحمه الله في «المبسوط»: أنه لا ضمان في ذلك كله، ولم يذكر فيه اختلافاً.

ولو حل رباطاً لزيت فسال الزيت، إن كان الزيت سائلاً، فهو ضامن؛ لأن الفاتح هو المسيل بحل الرباط؛ لأن طبعه كذلك لا يتصور خلافه، ولو كان جامداً وذاب بالشمس، وسال لم يضمن؛ لأنه ليس بمسيل؛ لأن السيلان من طبع المائع، وإنما صار مائعاً من فعل الغير.

وذكر في «واقعات الناطفي» فيمن جاء إلى سفينة مشدودة، فحلها، وذلك يوم ريح شديد، فغرقت السفينة، فهذا على وجهين؛ إما أن تثبت بعد الحل ساعة قليل الأوقات، ثم سارت وغرقت، أو كما انحلت لم تقف وسارت وغرقت ففي الوجه الأول لم يضمن وفي الوجه الثاني يضمن.

وفي «المنتقى»: إذا كانت الدابة في مربط؛ جاء إنسان وفتح الباب، وذهبت الدابة؛ قال محمد رحمه الله: هو ضامن لها، فإن كانت مشدودة، والباب مغلق فجاء إنسان وحلها، وجاء آخر، وفتح الباب، وذهبت؛ قال: الضمان على الذي فتح الباب، وكذلك الغنم ثقب حائط إنسان بغير إذن صاحب الحائط، ثم غاب الثاقب فدخل سارق من ذلك، وسرق شيئاً يجب أن لا يضمن الثاقب؛ لأن الثاقب مسبب، والسارق مباشر، وصار كما لو فتح باب القفص، وطار الطير، ويجوز أن يكون بين المسألتين فرق، والفتوى في الثاقب أنه لا يضمن مذكورة في «فتاوى سمرقند».

نظر في دن دهن مائع لغيره، فوقعت قطرة دم من أنفه في الدن، وتنجس الدن؛ صار ضامناً إذا كان النظر بغير إذن المالك، ثم ماذا يضمن؟ إن كان الدهن مأكولاً يضمن مثل ذلك قدراً، ووزناً؛ لأن الدهن الذي هو مأكول، فالمقصود الأصلي منه الأكل وفرقات ذلك، فكان إتلافاً له؛ ألا ترى أن من قطع يد دابة هي غير مأكول اللحم، أو رجلها؛ ضمن قيمتها لفوات المنفعة المطلوبة منها من حيث الركوب واللحم، وإن كان الدهن غير مأكول، يضمن النقصان.

إذا أوقف دابة في سوق الدواب، فرمحت، فلا ضمان على صاحبها؛ لأن الوالي قد أذن للناس في إيقاف دوابهم في ذلك الموضع، وكل ما كان بإذن الإمام في موضع جاز له الإذن، فهو مباح مطلقاً؛ غير مقيد بشرط السلامة.

وكذلك لو كانت سفن واقفة على الشط جاءت سفينة، وأصابت هذه الواقفة؛ فانكسرت الواقفة كان الضمان على الجائية، وإن كسرت الجائية، فلا ضمان على الواقفة؛ لأن الإمام قد أذن لأصحاب السفن على الشط.

وفي «فتاوى النسفي»: طحان خرج بالليل من الطاحونة؛ ينظر إلى مبل الماء حين قل الماء، فدخل السارق وسرق أحمال الناس، فالطحان ضامن إن بعد عن الباب بعداً يعد به مضيعاً.

وفي «الحاوي»: إذا غصب عجولاً واستهلكه حتى تبين أن . . . .[1] يضمن قيمة العجول، وما نقص من البقرة.

---

(١) بياض بالأصل.

إذا سعى إلى السلطان بغير ذنب أصلاً، فهو ضامن، وذكر القاضي الإمام صدر الإسلام في آخر شرح اللقطة السعاية على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون بحق بأن يكون يؤذيه، ولا يمكنه دفعه عن نفسه إلا بالدفع إلى السلطان، وفي هذا الوجه لا ضمان، وحكي عن القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي؛ أن المضروب إذا شكى إلى السلطان حتى أخذ السلطان مالاً من الضارب أنه لا ضمان عليه. وكذا إذا كان يفسق ولا يمتنع عنه بالأمر بالمعروف، فرفع إلى السلطان، وأخذ السلطان مالاً، فلا ضمان عليه.

الوجه الثاني: أن يقول للسلطان إن فلاناً وجد كنزاً في داره، أو قدر غطارف فإن كان السلطان يغرم الناس جزافاً لا محالة فهو ضامن، وإن كان قد يغرم الناس جزافاً، وقد لا يغرم؛ فلا ضمان.

الوجه الثالث: أن يكون السعاية بغير حق، وفي هذا الوجه لا ضمان على الساعي في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف خلافاً لمحمد رحمه الله، وجعل هذه المسألة فرع مسألة فتح باب القفص؛ قال رحمه الله: والفتوى على قول محمد في زماننا؛ لكثرة السعاية زجراً لهم؛ صيانة لأموال الناس.

وذكر في «فتاوى النسفي» أنه سئل عن السعاية بغير ذنب؛ قال: روي عن زفر أنه ضامن، وبه أخذ كثير من مشايخنا.

وفيه أيضاً: العبد إذا سعى غيره بغير ذنب إلى السلطان حتى أخذ منه مالاً، إن العبد ضامن، ولكن لا يؤاخذ به إلا بعد العتق؛ لأن العبد ضامن العبد، ولكن لا يؤاخذ به إلا بعد العتق؛ لأن هذا ضمان القول.

إذا رش الماء في الطريق، فجاء حمار وزلق به وعطب؛ ذكر في «فتاوى أبي الليث» أن عليه الضمان، ولم يذكر ما إذا زلق به إنسان وعطب وذكر محمد رحمه الله في ديات «الأصل»: أن على عاقلته الضمان من غير فصل، وذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام تأويل المشايخ وأحسن التأويل، إذا رش كل الطريق بحيث لا يجد المار موضعاً يابساً يمر عليه، ففي هذا الوجه: الراش ضامن.

وكذلك الجواب في الخشبة الموضوعة في الطريق؛ إن أخذت الطريق كلها، فمر عليها وعثر ومات، فالواضع ضامن، وأما إذا رش بعض الطريق، فمر إنسان على الموضع الذي رش؛ إن لم يعلم بذلك بأن كان ليلاً وعثر ومات من ذلك وجب الضمان على الراش، وإن علم بذلك، ومع ذلك مر على موضع الرش فلا ضمان على الراش.

وكذلك الجواب في الخشبة الموضوعة في الطريق إذا أخذت بعض الطريق، فمر عليها إنسان متعمداً، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في مسألة حفر البئر.

وصورتها: إذا حفر بئراً على قارعة الطريق، فجاء إنسان، ووثب من إحدى حافتي البئر إلى الآخر خاطر بذلك، فوقع في البئر ومات، فلا ضمان على الحافر، وأما إذا أمر غيره بالرش؛ إن أمره بالرش على فناء الدكان، يعني دكان الآمر؛ فالآمر ضامن، ولا

ضمان على الراش، وإن كان بخلافه فالراش ضامن، والحارس إذا رش هو يضمن كيف ما كان، وإذا رش الماء في الطريق، وجاء رجل بحمارين فيقوم صاحب الحمار إلى أحدهما يقوده، فتبعه الحمار الآخر فزلق فانكسرت رجله، فإن كان صاحب الحمارين سابقاً فلا ضمان على الراش؛ لأن التلف يحال منه على سوقه، وإن لم يكن سابقاً لهما فالراش ضامن [١١٨ب/ ٢] إذا ربط حماراً علق على موضع، فجاء آخر، وربط حماره على ذلك الموضع أيضاً، فعض أحد الحمارين الآخر؛ فإن ربطا في موضع كان لهما ولاية الربط بأن لم يكن ذلك الموضع طريقاً، ولا ملكاً لأحد، فلا ضمان؛ لأن الربط على هذا الموضع ليس بجناية، وإن ربطا في موضع ليس لهما ولاية المربط يجب الضمان على صاحب الحمار؛ لأنه ربطه على هذا الموضع جناية منه فما تولد منه يكون مضموناً.

في غصب «فتاوى أبي الليث»: زعم بعض مشايخنا أن المسألة مؤولة في باب الضمان، وتأويلها إذا عض حمار الرجل الثاني حمار الرجل الأول؛ أما إذا عض حمار الأول حمار الثاني؛ لا ضمان على الأول؛ لأن فعل الثاني تسبب إلى التلف؛ أما فعل الأول ليس بتسبب، وليس الأمر كما ظنوا؛ بل المسألة مجراة على إطلاقها، والضمان واجب على صاحب العاض أيهما كان.

إذا شق راوية الرجل، فهو ضامن لما شق من الراوية، ولما سال منها، ولما عطب بما سال منها؛ ما لم يشقها صاحبها، فإن ساقها صاحبها، وهو يعلم بذلك ضمن صاحبها ما عطبه بما سال منها بعد سوقه إياها، ولا يضمن الشاق ذلك.

وكذلك لا يضمن الشاق ما سال منها بعد سوقه إياها، ولا يضمن الشاق ذلك، وكذلك لا يضمن الشاق ما سال منها بعد سوقه إذا كان الشق بحال يمكن لصاحبها دفع ذلك، فإن الضمان على الشاق.

وكذلك إذا شق راوية رجل، وسال ما فيها حتى مال الجانب الآخر ووقع وتخرق، وسال ما في الدن الآخر كان ضمان ذلك على الشاق إلا إذا ساقها رب الدابة مع العلم بالشق فحينئذٍ لا ضمان على الشاق.

ذكر شيخ الإسلام هذه المسألة على هذا الترتيب في آخر شرح الإجارات، وإذا ساق حماراً عليه وقر حطب، وكان يليه رجل واقف في الطريق أو يسير، فقال السائق بالفارسية: «يرث برث»، أو قال: «كرست» ولم يسمع الواقف حتى أصابه الحطب، وخرق ثوبه، أو سمع إلا أنه لم يتهيأ له أن يتنحى عن الطريق لضيقّ المدة ضمن السائق ثوبه؛ لأن التخرق مضاف إلى سوقه، والمرور في الطريق، وحمل الحطب مباح له بشرط السلامة، وإن سمع وتهيأ له التنحي عن الطريق، فلم يتنح فلا ضمان؛ لأنه رضي بخرق ثوبه؛ ذكر المسألة في «فتاوى أهل سمرقند» ولم يذكر ما إذا كان الحمار يمشي، والرجل يأتي أمامه، وضرب عليه الحطب، وتخرق ثوبه.

والجواب فيه: أن الرجل الآتي إن لم يكن غافلاً، أمكنه أن يتنحى عن الطريق ولم يتنحَ، فلا ضمان على صاحب الدابة، وإن كان الرجل الآتي غافلاً، وحصل الخرق بذنب

الحمار، ومجيء الرجل يجب أن يكون على صاحب الحطب نصف الضمان على قياس مسألة المكعب، وجناسها على ما سيأتي بيانها بعد هذا إن شاء الله.

وفي «النوازل» قصار أقام حماراً على الطريق، وعليه ثياب، فجاء راكب، وفرق الثياب، يريد به «كرست زوش»؛ قال: إن كان الراكب يتضرر الحمار أو الثوب يضمن؛ لأن فعله جناية في هذه الحالة، وإن كان لا يتضرر لا يضمن؛ لأن فعله ليس بجناية، والمرور في الطريق مأذون فيه؛ قال ثمة فعلى هذا لو وضع الثوب على الطريق، فجعل الناس يمرون عليه حتى تخرق؛ وهم لا يبصرون، فلا ضمان عليهم.

وكذلك رجل جلس على الطريق، فوقع عليه إنسان، فلم يره، فمات الجالس، فلا ضمان عليه؛ لأن القنن يجمع الكل؛ قال الفقيه أبو الليث، وقد روي عن أصحابنا خلاف ذلك، ولكن لو أفتى مفتٍ بما ذكرنا أولاً لا بأس به.

قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: فإذا نص المفتي في هذه المواضع أن الرأي للقاضي، قال: وهكذا يفتى، وعلى قياس مسألة وقر الحطب ينبغي أن يقال في هذه المسألة: إذا كان الراكب تبعه الحمار، والقصار إن لم يقل «برت كوست» أو قال: ولم يسمع القصار قوله، أو سمع، ولكن لم يتهيأ له أن يتنحى؛ ينبغي أن يصير الراكب ضامناً إلى آخر ما ذكرنا.

الفصل الثامن
في الدعوى الواقع في الغصب، واختلاف الغاصب والمغصوب منه والشهادة في ذلك

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له، وأقام على ذلك بينة؛ يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها، ويردها على صاحبها؛ قال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي أن تحفظ هذه المسألة؛ لأنه قال: أقام بينة أنه غصب جارية له، ولم يتبينوا جنسها وصفتها، . . . .[1] المشايخ من شرطه بيان الجنس، والصفة والقيمة، وأول ما ذكر في الكتاب على هذا، وحكي عن أبي بكر الأعمش تأويل المسألة أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب أنه غصب منه جارية فثبت غصب الجارية، فإقراره في حق الحبس والقضاء جميعاً.

والصحيح: أن هذه البينة تقبل في حق الحبس من غير بيان الجنس والصفة والقيمة، فإذا حبسه القاضي، وأحضر المحبوس جارية، فإن اتفق الغاصب والمغصوب منه أن جاريته هذه يقضى بها للمغصوب منه، وإن أنكر الغاصب أن تكون هذه الجارية جارية المدعي، وادعاها المالك؛ لم يقضَ بها للمغصوب منه ما لم تفد البينة أنها هي الجارية التي غصبها منه.

---

(١) بياض بالأصل.

وإن قال الغاصب: قد ماتت الجارية، أو بعتها، ولا أقدر عليها إن صدقه المغصوب منه في ذلك خلي سبيله، وقضي عليه بالقيمة إن أراد المغصوب منه فإن كذبه يحبس، وينظر ويتلوم، فإذا مضى مدة يقع في غالب رأي القاضي أنه لو كان قادراً لما تحمل مرارة الحبس إلى مثل هذه المدة، فالقاضي يخلي سبيله.

قال شمس الأئمة: وهذا التلوم إذا لم يرض المغصوب منه بالقيمة، فإن لم يعرف منه الرضا ومضت هذه المدة فالقاضي يخلي سبيل المدعى عليه بعد هذا القاضي يقول للمغصوب منه: إذا تريد ضمان القيمة أو التلوم إلى أن تظهر الجارية؛ إن قال: ضمان القيمة إن اتفقا على القيمة قضى بتلك البينة، وإن لم يكن، فالقول قول الغاصب مع يمينه، ويحلف بالله ما قيمته إلا عشرين درهماً ذكر هذه الكيفية في غصب «الأصل» قبل مسألة الخلط، فإذا حلف وأدى القيمة، ثم ظهرت الجارية؛ كان للمالك الخيار؛ إن شاء رضي بالقيمة التي أخذها، وإن شاء ردها، وأخذ الجارية؛ قال شيخ الإسلام: قال بعض مشايخنا: إذا كان المأخوذ مثل قيمته أو أكثر؛ لا يكون للمالك الخيار في استرداد الجارية، وذكر شمس الأئمة السرخسي أن هذا القائل هو الكرخي؛ قال شمس الأئمة هذا: والصحيح أن للمالك الخيار على كل حال.

وإليه أشار في «الكتاب» حيث أطلق الجواب إطلاقاً، وذكر شمس الأئمة الحلواني: إذا ظهر أن قيمتها [١١٩أ/٢] مثل ما قال الغاصب ......[١] الجواب فيه؛ قال في موضع: لا خيار للمولى، ولا سبيل له عليها، وقال في موضع آخر: له الخيار، وإن كان ما أخذ أضعاف قيمتها؛ قال شمس الأئمة هذا: والقول الأول أشبه.

ولو ادعى الغصب وجاء بشاهدين شهد أحدهما على الغصب، وشهد الآخر على إقرار الغاصب بالغصب؛ لا تقبل الشهادة، وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما بالبيع، وشهد الآخر على الإقرار بالبيع حيث تقبل الشهادة، ولو شهد أحد الشاهدين له بالملك، وشهد الآخر على إقرار الغاصب له بالملك؛ لا تقبل الشهادة؛ لأن المشهود به مختلف؛ لأن الملك المطلق الثابت بالشهادة غير الملك المطلق الثابت بالإقرار حتى يستحق بالأول الزوائد المنفصلة دون الثاني.

وإذا ادعى جارية في يدي رجل أنها جاريته غصبها هذا منه، وشهد أحد الشاهدين بذلك، وشهد الآخر أنها جاريته غصبها هذا منه؛ تقبل الشهادة؛ لأنهما اتفقا على الملك، وتفرد أحدهما بالزيادة فتقبل الشهادة على ما اتفقا عليه.

ادعى جارية في يدي رجل أنها له غصبها صاحب اليد منه، ولم يشهد شهود المدعي بالغصب، وإنما شهدوا له بالملك، فأراد القاضي أن يقضي بالجارية للذي أقام البينة هل يحلفه بالله ما بعت، ولا أديت له فيه؟ قال: لا، إلا أن يدعي صاحب اليد شيئاً من ذلك، وعن أبي يوسف إنه عدم، وإن لم يطلب الخصم، فيكون أحكم للقضاء وأبرم.

---

(١) بياض بالأصل.

وأجمعوا أن من ادعى ديناً في التركة، فالقاضي يحلفه مع إقامة البينة أنك ما استوفيت الدين، ولا أبرأته وإن لم يدع الخصم ذلك، وهذه المسألة تشهد لأبي يوسف.

وإذا ماتت الدابة المغصوبة، ووقع الاختلاف بين الغاصب والمغصوب منه، فقال الغاصب: رددت الدابة عليك، ونفقت عندك، وقال المغصوب منه: لا بل نفقت عندك من ركوبك، ولم يكن لواحد منهما بينة، فالقول قول رب الدابة؛ وذلك لأن الغاصب أقر بالسبب الموجب للضمان، وهو الغصب، وادعى ما يبرئه فيكون القول قول صاحب المال؛ كما لو قال: أكلت مالك بإذنك، أو أخذت مالك بإذنك، وأنكر صاحب المال؛ كان القول قوله لما ذكرنا أنه أقر بالسبب الموجب للضمان، وادعى ما يبرئه فلم يصدق إلا ببينة، فكذلك هذا فإن أقاما جميعاً البينة؛ أقام رب الدابة البينة أنها نفقت عند الغاصب من ركوبه، وأقام الغاصب البينة أنه قد ردها عليه، ثم ماتت في يده، فإن الغاصب يضمن قيمتها.

فرق بين هذا وبينما إذا أقام البينة أنه ردها على المالك، وأقام المغصوب منه البينة أنها نفقت عند الغاصب، ولم يشهد أنها نفقت من ركوبه، فلا ضمان على الغاصب، وبين المسألتين فرق من حيث الصورة؛ أما لا فرق بين المسألتين من حيث المعنى، وذلك؛ لأنا نعمل بالبينتين جميعاً في الموضعين، ويجعل كأن الأمرين كانا في المسألتين يجعل في المسألة الأولى كأن الغاصب رد دابته ثم ركب بعد الرد، ونفقت من ركوبه ويجعل في المسألة الثانية كأنه ردها، ثم نفقت عند الغاصب بعد الرد؛ إلا أن العمل بالبينتين جميعاً في مسألة الركوب توجب الضمان؛ لأنه متى ردها على المالك ثم ركب بعد الرد، ونفقت من ركوبه ضمن، ويكون هذا غصباً آخر منه، فصار ضامناً، والعمل بالبينتين في المسألة الأخرى لا يوجب على الغاصب ضماناً؛ لأنه متى رد ثم نفقت الدابة بعد الرد عند الغاصب من غير صنعه بأن انفلتت الدابة بعد الرد ونفقت عنده، لا يكون ضمانها عليه فكذلك هذا، وذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرحه» الفرق: أن ما ذكر أنه لا ضمان على الغاصب قول محمد، أما على قول أبي يوسف هو ضامن.

وإذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمة الثوب، وقد استهلكه الغاصب، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه منكر الزيادة، والبينة بينة رب الثوب؛ لأنها تثبت الزيادة، وإن لم يكن لرب الثوب بينة، وجاء الغاصب ببينته أن قيمة ثوبه كذا، وكذبه رب الثوب وسأل القاضي يمين الغاصب، فإنه يحلف على دعواه، فلا تقبل بينته؛ لأن بينته تنفي الزيادة، والبينة على النفي لا تقبل؛ قال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه، وقد تقبل البينة لإسقاط اليمين؛ ألا ترى أن المودع إذا ادعاه رد الوديعة يقبل قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت بينته، وطريقه ما قلنا.

وبعض مشايخنا قالوا: ينبغي أن يكون في كل فصل روايتان، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يقول: هذه المسألة عدت مشكلة، ومن المشايخ من فرق بين مسألة الوديعة وبين هذه المسألة، وهو الصحيح.

ولو شهد لرب الثوب أحد الشاهدين أن قيمة ثوبه كذا، وشهد الآخر على إقرار الغاصب أن قيمة ثوبه كذا؛ لا تقبل هذه البينة؛ لأن المشهود به يختلف، وإن جاء الغاصب بثوب مرتي، فقال: هذا الذي غصبتكه، وقال رب الثوب: بل هو ثوب هروي، فالقول قول الغاصب مع يمينه، ويحلف بالله أن هذا الثوب ثوبه الذي غصبه إياه، وما غصبه ثوباً هروياً قال مشايخنا: والصواب ما ذكره في كتاب الاستحلاف أنه يكفيه أن يقول: بالله ما غصبت هروياً كما يدعيه المالك، وإن جاء بثوب مروي وقال: هذا الذي غصبتك، وهو على حاله، وقال رب الثوب بل كان ثوبي جديداً حين غصب، فالقول قول الغاصب مع يمينه.

وإن أقاما البينة فالبينة بينة رب الثوب، فإن لم يقم واحد منهما بينة، وحلف الغاصب، وأخذ رب الثوب الثوبَ، ثم أقام بينة أنه غصبه إياه، وهو جديد؛ ضمن الغاصب فضل ما بينهما، هكذا ذكر في «الأصل» قال شمس الأئمة الحلواني: هذا إذا كان النقصان يسيراً، فإن كان فاحشاً، فرب الثوب بالخيار؛ إن شاء أخذ الثوب، وضمنه النقصان، وإن شاء ترك الثوب عليه، وضمنه قيمة الثوب.

رجل ادعى ثوباً في يدي رجل أنه له، وأن صاحب اليد غصبه منه، وأقام صاحب اليد البينة أن المدعي وهبه منه أو أقر له، فإنه يقضى به لذي اليد ويجعل كأن صاحب اليد غصب، أو لأنه وهبه المدعي أو باعه منه.

ولو ادعى رجل أن الثوب له وأن صاحب اليد غصبه منه، وأقام على ذلك بينة وأقام رجل آخر أن صاحب اليد أقر له بهذا الثوب، فإنه يقضى به للذي أقام البينة أن الثوب له، ويجعل كأن صاحب اليد غصب أولاً حتى يصير الثوب في يده، فيصح الإقرار، وإذا جعل كأن صاحب اليد غصب أولاً جعل مقراً بملك الغير، والإقرار بملك الغير لا يعتبر.

إذا قال: غصبتك هذه الجبة ثم قال: البطانة لي، أو قال: الحشو لي، لم يصدق؛ لأنه رجع بعد الإقرار [١١٩ب/ ٢] فإن اسم الجبة اسم للكل.

ولو قال: غصبتك هذا الخاتم، أو هذه الدار، أو هذه الأرض، ثم قال بعد ذلك: . . . .[١] الخاتم لي، أو قال: بناء الدار لي، أو شجر الأرض لي، فكذلك الجواب لا يصدق؛ لأن اسم الخاتم اسم للكل، فيصير راجعاً بعد الإقرار، ولو قال: غصبت هذه البقرة من فلان، ثم قال: ولدها لي؛ قبل قوله.

فرق بين الإقرار والشهادة، فإنه إذا شهد شاهدان لرجل أن هذه بقرته، ولها ولد، فإن المشهود له يستحق البقرة مع الولد.

وفي «القدوري»: وإذا شهد شهود المدعي بغصب العبد، وموته عند الغاصب، وشهد شهود الغاصب أن العبد مات في يد مولاه قبل الغصب؛ لم ينتفع بهذه البينة؛ يعني الغاصب؛ لأن شهود الغاصب عرفوا يد المولى، ولم يعرفوا الغصب، وشهود المدعي عرفوا الغصب، فكانت شهادتهم أولى.

---

(١) بياض بالأصل.

إذ أقام المدعي بينة أن الغاصب غصبه يوم النحر بالكوفة، وأقام الغاصب البينة أنه كان يوم النحر بمكة أو العبد، فالضمان واجب على الغاصب؛ لأن البينة التي أقامها الغاصب على كونه يوم النحر بمكة لا يتعلق بها حكم، فيطلق ضرورة.

وقال محمد رحمه الله في «الإملاء»: إذا شهد شهود الغاصب أنه مات في يد المغصوب منه، وشهد شهود المغصوب منه أنه مات في يد الغاصب، فالبينة بينة الغاصب؛ لأن بينة المالك لا تثبت بإقرار الغاصب، فإن الضمان يجب بالغصب لا بالموت، والغاصب قد أقر بالغصب، فخرجت بينة المالك من البين والغاصب ببينته يثبت الرد حيث أثبت الموت في يد المالك، وسيأتي بعد هذا عن أبي يوسف بخلافه.

في «المنتقى» ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل غصب من آخر عبداً، فوجد المغصوب منه عبده فأخذه، وفي يده مال، فقال الغاصب: هو مالي، وقال المغصوب منه: هو مالي، قال: إن كان العبد في منزل الغاصب، والمال في يده فهو للغاصب، وإن لم يكن في منزل الغاصب، فهو للمغصوب منه.

بشر عن أبي يوسف: غاصب الثوب إذا قال: صبغته أنا، وقال المغصوب منه: غصبته مصبوغاً، فالقول قول المغصوب منه، وكذلك إذا اختلفا في بناء الدار، وحلية السيف فهو مثل اختلافهما في الصبغ.

عمرو بن أبي عمرو عن محمد رحمه الله: إذا وقع الاختلاف في بناء الدار، فالقول قول رب الدار؛ كما قال أبو يوسف، قال: وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الغاصب، قال وكذلك النخيل والشجر في الأرض، ولو اختلفا في متاع موضوع في الدار المغصوبة أو في آجر موضوع أو في باب موضوع فالقول قول الغاصب والبينة بينة المغصوب منه.

رجل غصب عبد رجل وباعه، وسلم العبد، وقبض الثمن، ومات العبد في يد المشتري، فقال المالك: أنا أمرته بالبيع، فالقول قوله، ولو قال: لم أقره ولكني أجزت البيع حين بلغني؛ لم يلتفت إلى قوله، ولا سبيل له على الثمن إلا أن يقيم البينة أنه أجاز البيع قبل موت العبد.

هشام في «نوادره»: سألت محمداً عن رجل أتى سوقاً، وصب لإنسان زيتاً أو سمناً، أو شيئاً من الأدهان أو الخل، وعاينت البينة ذلك، وشهدوا عليه فقال الجاني: صببت، وهو نجس قد ماتت فيه الفأرة، فالقول قوله، فإن دخل إلى سوق القصاص، فعمد إلى طواس اللحم، فرمى بها، واستهلكها، والشهود عاينوا ذلك، فشهدوا عليه، فقال الجاني: هي ميتة؛ قال: لا أصدقه على ذلك، ويسع الشهود أن يشهدوا أنها ذكية؛ لأنه لا يباع في السوق لحم ميتة، ويباع فيه زيت وسمن قد ماتت فيه الفأرة.

إبراهيم عن محمد: رجل اتخذ من طين لبناً أو جداراً، فهو له، وعليه قيمة الطين، وإن قال رب الطين: أنا أمرته أن يتخذه؛ قال هو لرب الطين.

بشر عن أبي يوسف: إذا شهد شهود الغاصب أن رب العبد قبضه منه، فمات عنده، وشهد شهود المغصوب منه أن العبد قد مات عند الغاصب، فالغاصب ضامن لقيمته؛ قال أبو الفضل: وهذا خلاف جواب «الأصل».

الفصل التاسع
في تملك الغاصب المغصوب، والانتفاع به

ذكر في «فتاوى أبي الليث» عن الفقيه أبي بكر الإسكاف فيمن غصب من آخر لحماً وطبخه، وغصب حنطة، وطحنها، وصار المال له، ووجب عليه القيمة فأكله حلال في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وفي قول أبي يوسف أكله حرام قبل أن يرضى صاحبه.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: من غصب من آخر طعاماً فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكاً، فلما ابتلعه حلالاً في قول أبي حنيفة رضي الله عنه خلافاً لأبي يوسف رحمه الله بناء على أن شرط الطيب الملك بالبدل عند أبي حنيفة، وعندهما أداء البدل. حكي عن الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين عمر النسفي أنه كان لا يصحح ما ذكر عن أبي حنيفة في هاتين المسألتين، وكان ينكر أن يكون ذلك قول أبي حنيفة، وكان يقول: الصحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية مذهب أصحابنا أن الغاصب لا يملك المغصوب إلا عند أداء الضمان، أو قضاء القاضي بالضمان، أو تراضي الخصمين على الضمان.

وإذا وجد شيء من هذه الأشياء الثلاثة ثبت الملك، وما لا فلا، وبعد وجود شيء من هذه الأشياء الثلاثة إذا ثبت الملك لا يحل للغاصب تناوله؛ لأنه استفاده بفعل لا يحل، فصار كالمملوك بالبيع الفاسد عند القبض؛ إلا أن يجعله صاحبه في حل فحينئذٍ يباح تناوله لانقطاع ذلك السبب.

وفي «القدوري»: غصب حنطة، وزرعها فعليه مثلها، ويتصدق بالفضل، ويكره الانتفاع بها حتى يرضى صاحبها، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف على ما روى عنه بشر؛ لا يكره الانتفاع قبل أداء الضمان، وعلى ما روى عنه هشام؛ يكره الانتفاع.

فرق أبو يوسف بين هذه المسألة، وبين إذا غصب من آخر حنطة، وطحنها على رواية بشر، فإن تلك المسألة يكره له الانتفاع قبل أداء الضمان عنده باتفاق الروايات، والفرق: أن الطحن ليس بإتلاف حقيقة، وإنما هو تغير لصفة العين، فجاز أن يبقى حق المالك لقيام المعنى، فأما الحنطة إذا زرعت هلكت، فلم يبق لها عين يتعلق به حق المغصوب منه، فلم يكره الانتفاع به قبل أداء الضمان لهذا، وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف: إذا غصب من آخر نواً، وغرسه، واتخذ منه نخلاً، فلا بأس بالانتفاع به قبل أن يرضى صاحبه، ولو غصب بالة، وغرسها حتى صار نخلاً؛ كره الانتفاع بها قبل أن يرضى صاحبه؛ لأن النوى يعفن ويهلك، والبالية تزيد في نفسها وأبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف على رواية هشام؛ إنما كرهوا الانتفاع قبل أداء الضمان؛ حتى لا يصير سبباً لفتح باب تناول أموال الناس بالباطل.

وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الشاة المغصوبة: إذا ذبحها وشواها، لم يسع له أن يأكلها، ولا يطعم أحداً حتى يضمن، وإن كان صاحبها غائباً، أو حاضراً

لايرضى بالضمان لا يسع له الأكل، وإذا دفع الغاصب [١٢٠أ/ ٢] قيمتها حل له الأكل؛ لأن حق المالك صار موفى بالبدل، وكذلك إذا أبرأه أصلاً؛ لأن حقه سقط بالبراءة، وكذلك إذا ضمنه المالك القيمة، أو ضمنه الحاكم؛ لأن الحاكم لا يضمنه إلا بعد طلبه فكان راضياً به.

وقال زفر رحمه الله: بعدما طحن الحنطة وشوى اللحم فله أن يأكل، ويطعم من شاء، فلا يعتبر رضا المغصوب منه؛ لأن حق المغصوب منه قد انقطع عن العين، وتقررت في القيمة، فلا يعتبر برضاه.

ولو غصب بيضة فحضنه، فخرج فراريخ، فلا بأس بأن ينتفع بها قبل أن يؤدي ضمان النقص؛ لأنه قد تغير عن حال الغصب.

ولو غصب من آخر عصفراً، وصبغ به ثوباً، أو غصب من آخر سمناً ولت به سويقاً لم يسع له أن ينتفع حتى برضىٰ صاحبه في «المنتقى».

وفيه أيضاً: كل ما غاب عنه صاحبه من ذلك، ويخاف عليه الفساد، فلا بأس بأن ينتفع به بعدما شهد على نفسه بضمانه، وليس يخرجه ذلك من إثم الغصب.

رجل غصب من آخر جارية فعتقها فقال رب الجارية: قيمة جاريتي ألفان، وقال الغاصب: لا بل ألف، وحلف على ذلك، وقضى القاضي على الغاصب بألف لرب الجارية؛ لم يحل للغاصب أن يستخدمها ولا يطأها ولا يبيعها، وليس كلها له إلا أن يعطيه قيمتها بأتمه، وإن أعتقها الغاصب بعد القضاء بالقيمة الناقصة؛ جاز عتقه، وعليه تمام القيمة كالعتق في الشراء الفاسد إذا تملك الغاصب المغصوب بالضمان، ثم نظر إليه فوجده معيباً، فله أن يرده بالعيب، ولكن بعد أن يحلف بالله لقد ضمن القيمة، ولم يعلم بالعيب، وكذلك له أن يرد بخيار الرؤية.

وعن أبي يوسف في السيل يذهب بحنطة رجل، فيقع في أرض رجل فنبتت قال: إن كان للحنطة ثمن، فإن جميع ما يخرج منها لصاحب الحنطة، ويتصدق بالفضل، ولا شيء عليه من نقصان الأرض.

اشترى جارية بثوب مغصوب؛ لا يحل له وطؤها قبل أداء الضمان؛ لأنه لو استحق الثوب يلزمه رد الجارية.

ولو تزوج امرأة بثوب مغصوب؛ حل له وطؤها؛ لأنه لو استحق الثوب لا يبطل النكاح.

في أول غصب شمس الأئمة السرخسي، وفي «المنتقى»: ابن سماعة في «نوادره» عن محمد في رجل غصب من آخر ألف درهم؛ وتزوج بها امرأة أو اشترى ثوباً؛ وسعه وطء المرأة، ولبس الثوب، قال من قبل أن العقد جاز على ألف درهم، ولم يقع على تملك الدراهم بعينها، فلا أبالي نقدها، أو غيرها.

وفيه أيضاً: لو اشترى بالألف المغصوبة جارية أو ثوباً، ودفع الألف في الثمن إلى البائع، ثم باع الأمة، أو الثوب بفضل طاب له الفضل.

وفيه أيضاً: إبراهيم عن محمد غصب من آخر دراهم، واشترى بها دنانير؛ قال: لا يسعه أن ينفق الدنانير؛ لأن الدراهم إذا استحقت بعدما افترقا انتقض البيع في الدنانير، فإن قضى على غاصب الدراهم بمثلها حلت له الدنانير.

اشترى بدراهم مغصوبة أو بدراهم اكتسبها من الحرام شيئاً، فهذا على وجوه؛ أما إن دفع إلى البائع تلك الدراهم، أولاً، ثم اشترى منه بتلك الدراهم. أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم، ودفعها أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم، ودفع غير تلك الدراهم، أو اشترى مطلقاً، ودفع تلك الدراهم، أو اشترى بدراهم أخر، ودفع تلك الدراهم، وفي الوجوه كلها لا يطيب له التناول قبل ضمان الدراهم، وبعد الضمان لا يطيب له الربح؛ هكذا ذكر في «الجامع الصغير» قال أبو الحسن الكرخي: هذا الجواب صحيح في الوجه الأول والثاني، وأما في الوجه الثالث والرابع والخامس فلا، واليوم الفتوى على قول أبي الحسن لكثرة الحرام دفعاً للحرج عن الناس، وعلى هذا تقرر رأي الشيخ الإمام الأجل الشهيد.

ذكر في الباب الأول من شرح «الواقعات» نهر مغصوب، جاء إنسان وأراد الغوص أو الشرب منه إن حول الغاصب النهر عن موضعه يكره؛ لأنه انتفاع بملك الغير، وصار كالصلاة في الأرض المغصوبة، وإن لم يحول لا يكره؛ لأن الناس شركاء في الماء.

رجل غصب طاحونة، وأجرى ماءها في أرض غيره من غير طيب من نفس صاحب الأرض؛ لا يحل للمسلمين الانتفاع بهذه الطاحونة إذا علموا بذلك؛ لا شراء ولا إجارة ولا طحناً بأجر ولا عارية؛ لأنه استعمال لملك الغير.

الأكل من أرض الجور، يريد به أرض المملكة، وهي الأرض يطيب نصيب الأكل[1]، ولهم إذا أخذوا مزارعة، وإجارة؛ لأنهم ملكوه، وفي الكروم والأشجار إن كان يعرف أربابها لا يطيب للإكراه ولا لغيره؛ لأنه بملك الغير، وإن لم يعرفوا طاب للإكراه نصيبهم؛ لأن التدبير في معاملته إلى السلطان، وصار بمنزلة أرض بيت المال، أما نصيب بيت المال ينبغي للسلطان أن يتصدق به، فإن لم يفعل فلا إثم عليه؛ هذا الذي ذكرنا طريق الحكم، أما طريق الاحتياط، ما روى خلف بن أيوب: أنه كان لا يأكل من طعام بلخ إلا وقت تباح له الميتة وكان لا يملك مدر الشيخ؛ لأن السلطان أخذ ضياع علي بن عيسى لنفسه؛ لكن في هذا الزمان الاختيار عن هذه الشبهات قدر ما يمكن حتى روي عن علي بن إبراهيم أنه سئل عن هذه الشبهات، فقال: ليس هذا زمان الشبهات؛ اتق الحرام عياناً بمعنىٰ إن اجتنبت عن غير الحرام كفاك، وذكر بعد هذا أن الشبهة إلى الحرام أقرب، قيل هكذا قال أبو يوسف؛ لأنه لو لم يكن حقيقة يجعل كذلك احتياطاً، وأما المكروه: تكلموا، والمختار ما قاله أبو حنيفة، وأبو يوسف: إنه إلى الحرام أقرب، وقد روي عن محمد نصاً أن كل مكروه حرام ما لم يقم الدليل بخلافه.

---

(١) كذا العبارة بالأصل، وفيها خلل واضح.

في «فتاوى أهل سمرقند»: غصب حانوتاً وأغل فيه وربح؛ طاب له الربح؛ لأنه حصل بالتجارة.

في «فتاوى أبي الليث»: إذا أعلف دود القز من أوراق اتخذها بغير إذن المالك؛ قال أبو النعيم: عليه أن يتصدق بالفضل على قيمة دوده يوم يبيع العلق.

في «المنتقى» قال أبو يوسف: إذا غصب رجل أرضاً، وبناها حوانيت وحماماً ومسجداً؛ فلا بأس بالصلاة في ذلك المسجد، فأما الحمام، فلا يدخل، ولا تستأجر الحوانيت؛ قال: ولا بأس بأن يدخل الحوانيت لشراء متاع، قال هشام: وأنا أكره الصلاة فيه حتى تطيب ذلك . . . .[1]، وأكره شراء المتاع في أرض غصب، أو حوانيت غصب، ولا أرى أن يقبل شهادة الذي يبيع في حوانيت الغصب إذا علم أن ذلك غصب.

إذا أراد أن يمر في أرض الغير؛ إن كان له طريق آخر ليس له أن يمر في أرض الغير، وإن لم يكن له طريق آخر له أن يمر في أرض الغير ما لم يمنعه عن ذلك صريحاً، وهذا في حق الواحد، فأما الجماعة فليس لهم أن يمروا في أرض الغير إلا برضاه صريحاً؛ لأن مرور الواحد لا يضر بالأرض ضرراً فاحشاً فلم يكن صاحب الأرض راضياً به دلالة، فيشترط الرضاء صريحاً، وإذا أراد المرور في الطريق المحدث إن علم أن صاحب الملك هو الذي جعل ملكه طريقاً أحل له المرور فيه، وإن لم يعلم ذلك، ولكن لا يعلم أيضاً أنه غصب، فكذلك الجواب، هكذا نقل عن بعض مشايخ بلخ رحمهم الله، [١٢٠ب/ ٢].

الفصل العاشر
في الأمر بالإتلاف

إذا أمر غيره بأخذ مال الغير، فالضمان على الآخذ، ولا رجوع له على الآمر؛ لأن الأمر لم يصح، وفي كل موضع لم يصح الأمر، فالضمان على المأمور من غير رجوع، وأما الجابي إذا أمر العوان بالأخذ؛ قال الصدر الشهيد: فيه نظر باعتبار الظاهر؛ لا ضمان على الجابي، وإنما الضمان على الآخذ، وباعتبار السوائم يجب الضمان على الجابي فيتأمل عند الفتوى، والمختار أنه لا يجب الضمان على الجابي، فأما الجابي إذا أرى العوان بيت صاحب الملك، ولم يأمره بشيء، أو الشريك إذا أرى العوان بيت الشريك حتى أخذ المال، وأخذ من بيته رهناً بالمال الذي طولب به لأجل ملكه وضاع الرهن، فالشريك والجابي لا يضمنان بلا شبهة، والكلام في هذا الفصل أظهر؛ لأنه لم يوجد منهما أمر ولا عمل، ودفع العوان في الجملة ممكن بطريقته، فأما دفع السلطان غير ممكن.

---

(١) بياض بالأصل.

وإذا أخذ الرجل غيره بأن يذبح له هذه الشاة، وكانت الشاة لجاره؛ ضمن الذابح علم أن الشاة لغير الآمر أو لم يعلم، وهل يرجع بالضمان على الآمر؟ إن علم أن الشاة لغير الآمر حتى علم أن الأمر لم يصح لا يكون له حق الرجوع، وإن لم يعلم حتى ظن صحة الأمر رجع، وذكر شيخ الإسلام هذه المسألة مع أجناسها في شرح كتاب الديات.

في غصب «فتاوى أبي الليث»: سئل أبو بكر عن رجل جاء بدابة إلى شط نهر ليغسلها، وهناك رجل واقف، فقال الذي جاء بالدابة للرجل الواقف: أدخل هذه الدابة النهر، فأدخلها وغرقت الدابة وماتت الدابة، والآمر سائس الدابة، إن كان الماء بحال يدخل الناس فيه دوابهم للغسل والسقي؛ لا ضمان على أحد؛ لأن للسائس أن يفعل ذلك بيده، ويد غيره، وإن لم يكن الماء بحال يدخل الناس دوابهم فيه، فلصاحب الدابة الخيار؛ إن شاء ضمن السائس، وإن شاء ضمن المأمور، وهكذا ذكر ههنا، وفيه نظر ينبغي أن لا يجب الضمان على الآمر، وهو السائس؛ لأن مجرد الأمر بالإتلاف إنما يوجب الضمان على الآمر إذا كان الآمر هو السلطان، أو من بمعناه؛ فإن ضمن للسائس لا يرجع السائس على المأمور، وإن ضمن المأمور إن كان المأمور لم يعلم أن الآمر ليس له الدابة حتى ظن صحة الأمر رجع على السائس.

وفيه أيضاً: رجل قال لغيره: خرق ثوبي هذا، وارم الماء . . . .[1] ففعل المأمور ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل بأمره لكنه يأثم؛ لأنه إضاعة المال بلا فائدة.

في «العيون» قال لآخر: احفر لي باباً في هذا الحائط، ففعل فإذا الحائط لغيره ضمن الحافر؛ لأنه ملك الغير، ويرجع على الآمر؛ لأن الأمر قد صح بزعمه، فإنه قال: احفر لي، وإنه يدل على كونه مالكاً وكذلك إذا قال: احفره في حائطي أو لم يقل ذلك، ولكن كان ساكناً في ذلك الدار؛ لأنه من علامات الملك أيضاً، ولو لم يقل: لي ولم يقل في حائطي، ولم يكن ساكناً في ذلك الدار؛ لأنه من علامات الملك أيضاً، ولو لم يقل في حائطي، ولم يكن ساكناً في تلك الدار، ولم يستأجره على ذلك، فلا رجوع له على الآمر؛ لأن الأمر لم يصح بزعمه.

الفصل الحادي عشر
في زراعة الأرض المغصوبة، والبناء فيها

في «فتاوى أبي الليث»: غصب من آخر أرضاً، وزرعها ونبتت، فلصاحبها أن يأخذ الأرض، ويأمر الغاصب بقلع الزرع تفريغاً لملكه، فإن أبى أن يفعل، فللمغصوب منه أن يفعل ما لو رفع إلى الحاكم كان يفعله يريد به أن للمغصوب منه أن يقلعه بنفسه.

في «العيون»: غصب من آخر أرضاً، وزرعها حنطة، ثم اختصما، وهي بذر لم

---

(١) بياض بالأصل.

ينبت بعد، فصاحب الأرض بالخيار؛ إن شاء تركها حتى ينبت، ثم يقول له: اقلع زرعك، وإن شاء أعطاه ما زاد البذر فيه.

وطريق معرفة ذلك ما روى هشام عن محمد رحمه الله أنه تقوم الأرض وليس فيها بذر، وتقوم وفيها بذر، فيضمن فضل ما بينهما. وروى المعلى عن أبي يوسف: أنه يعطيه مثلِ بذره، والمختار أنه تقوم الأرض غير مبذور، وتقوم وهي مبذور ببذر لغيره حق القلع، ففضل ما بينهما قيمة ما بذر، مبذور في أرض الغير كذلك للغير حق القلع.

في «المنتقى» المعلى في «نوادره» عن أبي يوسف: أرض بين رجلين زرعها أحدهما بغير إذن شريكه، وتراضيا على أن يعطي غير الزارع الزارع نصف البذر، ويكون الزرع بينهما نصفين؛ قال: إن كان ذلك منهما بعدما نبت الزرع فهو جائز، وإن كان قبل أن ينبت؛ لا يجوز؛ لأن غير الزارع يصير مشترياً نصف الزرع، وشراء الزرع قبل النبات لا يجوز. وإن كان الزرع قد نبت، فأراد الذي لم يزرع أن يقلع الزرع، فإن الأرض تقسم بينهما نصفين، فما أصاب الذي لم يزرع من الأرض قلع ما فيه من الزرع، ويضمن له الزارع ما دخل أرضه من نقصان القلع.

غصب بالة من أرض إنسان، فزرعها في ناحية أخرى من تلك الأرض، فكبرت البالة وصارت شجرة، فالشجرة للغارس، وعليه قيمة البالة لصاحبها يوم غصبها، ويؤمر الغارس بقلع الشجرة.

وكذلك لو غرس رجل مال نفسه في أرض غيره، فلصاحب الأرض أن يأمره بقلعها، وإن كان القلع يضر بالأرض أعطاه صاحب الأرض قيمة شجرته، ولكن مقلوعة؛ كذا قيل، وعلى قياس مسألة الزرع التي تقدم ذكرها إنه يمكن بيان إعطاء صاحب الأرض قيمة شجرته لغيرها حق القلع.

وفي «فتاوى الفضلي»: رجل زرع أرض نفسه فجاء آخر، وألقى بذره في تلك الأرض، وقلب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض، أو لم يقلب، وسقى الأرض حتى نبت البذران، فالنابت يكون للثاني عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن خلط الجنس بالجنس عنده استهلاك، وللأول على الثاني قيمة بذره، ولكن مبذوراً في أرض نفسه، فيقوم الأرض ولا بذر فيها، ويقوم وفيها بذر، فيرجع بفضل ما بينهما، فإن جاء الزارع الأول، وهو صاحب الأرض، وألقى فيها بذر نفسه مرة أخرى، وقلب الأرض قبل أن ينبت البذران؛ أو لم يقلب، ولكن سقى الأرض فنبتت البذور كلها، فجميع ما نبت لصاحب الأرض، وعليه للغاصب مثل بذره، ولكن مبذوراً في أرض غيره، هكذا ذكر ولم يشبع الجواب.

والجواب المشبع: أن الغاصب يضمن لصاحب الأرض قيمة بذره مبذوراً في أرض نفسه، ثم يضمن صاحب الأرض للغاصب قيمة البذرين لكن مبذوراً في أرض الغير؛ لأن الاختلاف كذلك ورد، هذا كله إذا لم يكن الزرع نابتاً.

فأما إذا نبت زرع المالك، فجاء رجل، وألقى بذره وسقى، فإن لم يقلب حتى نبت

الثاني فالجواب كما قلنا، وإن كان لا ينبت مرة أخرى كما ينبت فهو للغاصب، ويضمن الغاصب للمالك قيمة زرعه نابتاً؛ لأن الإتلاف كذا ورد.

في «النوازل»: غصب أرضاً، وبنى فيها حائطاً، فجاء صاحب الأرض، وأخذ الأرض، فأراد الغاصب أن يأخذ الحائط، فإن كان الغاصب بنى الحائط من تراب هذه الأرض؛ ليس له، ويكون لصاحب الأرض؛ لأنه لو نقض صار تراباً كما كان، فيكون عليه تركه، فلا يفيد النقض، وإن بنى الحائط لا من تراب هذه الأرض، فله النقض؛ لأنه لو نقض لا يكون عليه تركه؛ بل يكون له النقل فكان [١٢١أ/ ٢] النقض مفيداً.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: بنى رجل حائطاً في كرم رجل بغير أمره، فإن لم يكن للتراب قيمة، فالحائط لصاحب الكرم، والباني معين؛ لأنه لم يصر غاصباً التراب، وإن كان للتراب قيمة، فالحائط للباني، وعليه قيمة التراب؛ لأنه صار غاصباً للتراب، فصار ضامناً.

الفصل الثاني عشر
فيما يلحق العبد الغصب، فيجب على الغاصب ضمانه

قال القدوري في «كتابه»: غصب من آخر عبداً أو جارية، فأبق في يد الغاصب، ولم يكن أبق قبل ذلك، أو زنت أو سرقت، ولم تكن فعلت ذلك قبل ذلك، فعلى الغاصب ما انتقص بسبب السرقة والإباق، وعيبة الزنا؛ لأن هذه العيوب لازمة توجب نقصان القيمة، فالواجب على الغاصب أن يرده على الوجه الذي غصبه معنىً.

وكذلك كل ما حدث في يد الغاصب مما ينتقص القيمة من عور أو شلل أو ما أشبه ذلك كان مضموناً عليه، فيقوم العبد صحيحاً، ويقوم وبه العيب فيأخذه، ويرجع بفضل المولى بينهما، وإن أصابه عمى في يد الغاصب، أو أصابه بياض في عينه لم يرده على المولى ورد معه الأرش، ثم ذهب العمى وزال البياض، فللغاصب أن يرجع على المولى بالأرش، وإن حبلت عند الغاصب من الزنا فردها على المولى كذلك. . . .[1] يرد معها النقصان، فينظر إلى أرش عيب الزنا، وإلى ما نقصها الحبل فيضمن الأكثر من ذلك، ويدخل الأقل في الأكثر، وهذا استحسان أخذ به أبو يوسف؛ لأن السبب متحد، وهو الزنا، فتعذر الجمع بين الضمانين، ويدخل الأقل في الأكثر.

والقياس: أن يضمن الأمرين جميعاً، وهو قول محمد؛ لأنهما عيبان مختلفان، فإن ولدت في يد المالك، وسلمت من الولادة، فإنه يروى عن أبي يوسف: أنه ينظر إلى أرش الحبل وإلى أرش عيب الزنا، فإن كان عيب الزنا أكثر لا يرد شيئاً، وإن كان أرش الحبل أكثر رد الفضل عن عيب أرش عيب الزنا؛ لأن عيب الزنا ثابت، وقد ذهب عيب الحبل.

---

(١) بياض بالأصل.

فإن ماتت من الولادة، وبقي ولدها، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ ضمن الغاصب جميع قيمتها، وعلى قولهما ضمن نقصان الحبل خاصة؛ هكذا ذكر «القدوري».

وفي «المنتقى» عن محمد: أن الجارية تقوم غير حامل ولا زانية، وتقوم وهي حامل وزانية فيرجع بفضل ما بينهما.

ولو حبلت عند الغاصب من زوج قد كان لها في يد المولى، فلا ضمان على الغاصب في ذلك بحال؛ لأن ذلك من تسليط المولى الزوج عليه، فأشبه فعل المولى. ولو أحبلها المولى بنفسه في يد الغاصب؛ لا ضمان على الغاصب في ذلك كذلك ههنا، ولو حمّت في يد الغاصب ثم ردها على المولى، فماتت في يد المولى من الحمَّى التي كانت في يد الغاصب؛ لم يضمن إلا ما نقصها الحمى؛ لأن الموت إنما يحصل بزوال القوى، وذلك بترادف الآلام، فلم يكن الموت حاصلاً بسبب كان في ضمان الغاصب، وإنما الحاصل في ضمانه نقصان الحمَّى، فيضمن قدر نقصان الحمَّى لهذا.

ولو غصب جارية محمومة أو حبلى بها جراح، أو مرض، فماتت من ذلك في يد الغاصب، فهو ضامن قيمتها، وبها ذلك المرض.

ولو قتل العبد المغصوب في يد الغاصب قتيلاً، حراً، أو عبداً، أو جنى جناية فيما دون النفس يخير المولى إن شاء دفع أو فداه ويرجع على الغاصب بالأقل من قيمته، ومن أرش الجناية، وإن استهلك مالاً، وخوطب الولي بالبيع أو الفداء رجع بالأقل من قيمته، ومما إذا عمت به من الدين.

وإن غصبه، وقيمته ألف درهم، فصار قيمته بعد ذلك ألفي درهم، ثم قتله قاتل في يد الغاصب، فالمولى بالخيار؛ إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم، فرجع الغاصب على القاتل بألفي درهم، ويتصدق بالألف الزائد، وإن شاء ضمن القاتل قيمته يوم القتل ألفي درهم، ولا يرجع القاتل على الغاصب بشيء.

ولو قتل العبد نفسه في هذه الصورة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم، ولا يضمن قيمته يوم القتل؛ لأن قتل الإنسان نفسه لا يتعلق به حكمه، فصار كموته.

الفصل الثالث عشر
في غاصب الغاصب ومودع الغاصب

يخير المالك بين تضمين الغاصب، وبين تضمين غاصب الغاصب، وكذا يخير بين تضمين الغاصب، وبين تضمين مودع الغاصب؛ لأن كل واحد منهما متعدٍ في حقه، فإن أراد المالك أن يضمن كل واحد نصف قيمة المغصوب، فله ذلك؛ ذكر شيخ الإسلام في باب الرهن؛ يوضع على يدي عدل.

وإذا ضمن المالك أحدهما إما الغاصب، وإما غاصب الغاصب، أو مودعه يبرأ الآخر عن الضمان، وأما إذا اختار تضمين أحدهما ولم يضمنه بعد، هل يبرأ عن

الضمان؟ فيه روايتان، وفي بعض النسخ برىء الآخر عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، وإن ضمن الغاصب الثاني، فالغاصب الثاني لا يرجع على الأول، وإن ضمن مودع الغاصب إن لم يعلم المودع بكون المال غصباً؛ رجع بما ضمن على الغاصب المودع، وإن علم ذلك ذكر شيخ الإسلام أنه لا يرجع، وذكر شمس الأئمة الحلواني أن فيه شبهة اختلاف الرواية.

في «المنتقى» ابن سماعة عن محمد: إذا اختار المغصوب منه تضمين الغاصب الأول، ورضي به الغاصب الأول، أو لم يرضَ إلا أن القاضي قضى له بالقيمة على الأول، فليس له أن يرجع عن ذلك ويضمن الثاني، فإن اختار تضمين الأول، فلم يعطه الأول شيئاً، وهو معدم، فالقاضي يأمر الأول بقبض ماله من الثاني، ويدفع ذلك إلى المغصوب منه، فإن أبى الأول ذلك، فمولى العبد إذا أحضر مما قبلت منه البينة على الغاصب الثاني للغاصب الأول حتى يوجد ذلك من الثاني فيقبضه المغصوب منه، قال: وهذا بمنزلة رجل له على رجل دين، وللمطلوب على رجل آخر دين.

وفيه أيضاً: ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في رجل غصب من آخر عبداً، فقتله قاتل في يد الغاصب، فاختار المالك تضمين أحدهما لا سبيل على الآخر، وقال أبو يوسف: له أن يضمن الآخر ما لم يقض القيمة من الذي اختار تضمينه؛ قال: فإن أبرأ الغاصب، فهو بريء، ولا يرجع عليه بعد الإبراء بشيء، وإن أبرأ القاتل، فله أن يعود فيما أبرأه منه، ويأخذ منه قيمة عبده؛ لأن ذلك يؤخذ منه على كل حال.

ألا ترى أن المولى إذا أبرأ القاتل كان للغاصب أن يضمن القاتل، ولو أبرأ الغاصب على أنه إن لم يأخذ القيمة من القاتل يرجع على الغاصب، فله أن يعود ويضمنه.

عن ابن سماعة: أنه كتب إلى محمد رحمه الله في رجل غصب من آخر عبداً، وقتله في يده قاتل خطأ، واختار المولى اتباع الغاصب بنصف قيمة العبد حالاً، واتباع عاقلة القاتل بنصف القيمة مؤجلاً له ذلك.

غاصب الغاصب، ومودع الغاصب يبرآن بالرد على المالك، وكذا يبرآن بالرد على الغاصب؛ إلا رواية عن أبي يوسف، وكذلك إن كان المودع صبياً محجوراً.

وكذلك إن كان رب الوديعة صبياً أو عبداً؛ لأن المسقط للضمان في حق المودع رده إلى من أخذ منه، وذلك متحقق، وإن كان المستودع رده إلى السابق بأمر الغاصب؛ كان للمغصوب منه أن يضمنه؛ لأن في الفصل الأول إنما برىء عن الضمان؛ لأنه رده إلى من أخذه منه [١٢١ب/ ٢] فانفسخ حكم فعله، وههنا ما رده إلى من أخذه منه إنما رده على غيره، وذلك سبب للضمان، فلهذا افترقا.

في «فتاوى أبي الليث»: غصب رجل من رجل مالاً، فغصب ذلك المال غريم للمغصوب منه؛ قال أبو نصر: كان نصر يقول يبرأ الغاصب الأول، وكان محمد بن سلمة يقول: المغصوب منه بالخيار؛ قال الصدر الشهيد رحمه الله: وهو المختار على ما يأتي

بيانه في المسألة التي تلي هذه المسألة، فإن ضمن الثاني صار قصاصاً بدينه، وبرىء الأول، وإن ضمن الأول لا يبرأ الثاني.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: رجل له على آخر دين، فأخذ من ماله مثل حقه، قال أبو نصر محمد بن سلام: يصير غاصباً، ويصير ما أخذ قصاصاً بما عليه؛ لأنه أخذ بغير إذنه؛ قال الصدر الشهيد رحمه الله: والمختار أنه لا يصير غاصباً؛ لأنه أخذ بإذن الشرع؛ لكن يصير مضموناً عليه؛ لأن طريق قضاء الدين هذا، فلو أخذ ذلك غير صاحب الدين، ودفعه إلى صاحب الدين؛ قال محمد بن سلمة: المغصوب منه بالخيار؛ إن شاء ضمن الآخذ، وإن شاء ضمن صاحب الدين؛ لأن الأول غاصب، والثاني غاصب، أو غير غاصب؛ لكنه مضمون عليه، فإن اختار تضمين الآخذ لم يصر قصاصاً منه بدينه، وإن اختار تضمين صاحب الدين صار قصاصاً بدينه، وقال نصير بن يحيى: لا خيار، ويصير قصاصاً بدينه؛ لأن الآخذ كالمعين لصاحب الدين على أخذ حقه، والله تعالى أعلم.

الفصل الرابع عشر
في غصب الحر والمدبر، والمكاتب، وأم الولد

في «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد في رجل خدع امرأة رجل أو ابنته، وهي صغيرة، وأخرجها من منزل أبيها أو زوجها؛ قال: أحبسه حتى يأتي بها، أو يعلم حالها.

وفيه أيضاً: عن أبي يوسف؛ رجل سرق صبياً، فسرق من يده، ولم يستبن لهم موته، ولا قتله لم يضمن، ولكنه يحبس حتى يأتي به، أو يعلم حاله.

وفي «القدوري»: لو غصب صبياً من أهله، فمرض، ومات في يده، فلا ضمان عليه؛ لأن الحر ليس بمحل للغصب حتى يجب الضمان بصورة هذا الفعل، ولا يضمن بالموت؛ لأنه أمر مجبور لا صنع لأحد فيه، ولو عقره سبع في يده أو نهشته حية، فمات، فعلى عاقلة الغاصب الدية.

وكذلك لو وقع عليه حائط، أو وقع في بئر كان على عاقلة الغاصب الدية، ولو قتل هذا الصبي رجل خطأ في يد الغاصب، فلأولياء الصبي أن يتبعوا عاقلة أيهما شاؤوا، فإن ضمنوا عاقلة الغاصب رجعوا على عاقلة القاتل، وإن قتل الصبي نفسه فديته على عاقلة الغاصب، ولا يرجعون بها على عاقلة الصبي، وكذلك لو أتى على شيء من نفسه من اليد والرجل، وما أشبه ذلك.

وكذلك لو أركبه دابة، فألقى نفسه منها، وهذا كله قول أبي يوسف، وقال محمد: لا ضمان على الغاصب بجناية الصبي على نفسه، ولو قتل رجل هذا الصبي عمداً في يد الغاصب، فلأوليائه أن يتبعوا القاتل، فيقتلوه، وعند ذلك يبرأ الغاصب، وإن شاؤوا اتبعوا عاقلة الغاصب بالدية، ورجعت عاقلة الغاصب في مال القاتل عمداً.

ولو قتل هذا الصبي إنساناً في يد الغاصب فرده على الولي، وضمن عاقلة الصبي الدية لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب؛ لأنهم لو رجعوا على الغاصب لرجعوا بحكم الغصب، والحر لا يضمن بالغصب.

ولو غصب مدبراً، ومات في يده ضمن، ولو غصب أم ولد، وماتت في يده لم يضمن في قول أبي حنيفة، وعندهما يضمن، ولو غصب مكاتباً، ومات في يده؛ لم يضمن في قول أبي حنيفة، وعندهما يضمن، ولو غصب مكاتباً، ومات في يده يضمن بلا خلاف؛ كما لو غصب مدبراً.

الفصل الخامس عشر
في المتفرقات

وإذا باع الغاصب المغصوب من رجل، وأجاز المالك بيعه صحت الإجازة؛ إذا استجمعت الإجازة شرائطها، وهي قيام البائع، والمشتري والمعقود عليه، وأن تكون الإجازة قبل الخصومة عند أبي حنيفة، ولا يشترط قيام الثمن في ظاهر الرواية إذا كان البيع بالدراهم أو بالدنانير، وإن كان المالك قد خاصم الغاصب في المغصوب، وطلب من القاضي أن يقضى له بالملك، ثم أجاز البيع، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لا تصح إجازته؛ هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني، وشيخ الإسلام خواهر زاده، وذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرحه» أن الإجازة صحيحة في ظاهر الرواية، وذكر في «النوادر» أنها لا تصح.

فوجه قول أبي يوسف ومحمد: أن الإجازة لاقت عقداً موقوفاً، فتصح كما قبل الخصومة بيانه أن الفسخ لم يوجد من المالك نصاً .....[1] الخصومة، والخصومة كما تكون لاستدامة الملك فيما يتخاصم، فيكون ...[1] تكون لإثبات الملك لنفسه حتى يجبر العقد فيه، وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: بأن الإجازة صحيحة قبل الخصومة، فتكون الخصومة لاستدامة الملك؛ لا لصحة الإجازة، فتثبت استدامة الملك تنتفي الخصومة، فيكون ذلك فسخاً للعقد كما لو ثبتت استدامة الملك نصاً، فإن كان لا يعلم قيام البيع وقت الإجازة بأن كان قد أبق من يد المشتري؛ ذكر في ظاهر الرواية أن الإجازة صحيحة، وروي عن أبي يوسف: أنها لا تصح، فإن كان الغاصب قد قبض الثمن، وهلك في يده، ثم أجاز المالك البيع؛ هلك الثمن على ملك المغصوب منه اعتباراً للإجازة في الانتهاء بالإذن في الابتداء.

ذكر شيخ الإسلام في أول صلح «الجامع» إذا قال الرجل لغيره: اسلك هذا الطريق، فإنه آمن فسلك، وأخذه اللصوص؛ لا يضمن، ولو قال: إن كان مخوفاً وأخذ

(١) بياض بالأصل.

مالك، فأنا ضامن، وباقي المسألة بحالها يضمن.

وصار الأصل في جنس هذه المسائل أن الغرور إنما يثبت حق الرجوع للمغرور على الغار إذا حصل ذلك في ضمن عقد معاوضه، أو ضمن الغار للمغرور صفة السلامة نصاً، وكذلك إذا قال: كل هذا الطعام فإنه طيب، فإذا هو مسموم، فهو على ما قلنا.

نخلة لرجل في ملكه خرج سعفها إلى جاره، فأراد جاره أن يقطع ذلك ليفرغ هواءه كان له ذلك، هكذا ذكره محمد رحمه الله، قال الناطفي في «واقعاته»: ظاهر لفظ محمد يفيد ولاية القطع بغير إذن القاضي.

وقيل: هذا على وجهين؛ إن كان يمكن تفريغ الهواء بمد السعف إلى النخلة، والشد عليها ليس له أن يقطع، ولو قطع يضمن، ولكن يطلب من صاحبه أن يمد السعف إلى النخلة، ويشد عليها بحبل، ويلزمه القاضي ذلك، وكذلك إذا أمكنه مد بعض السعف إلى النخلة، والشد عليه؛ ليس له أن يقطع ذلك البعض.

فأما إذا لم يمكن تفريغ الهواء إلا بالقطع، فالأولى أن يستأذن صاحب النخلة حتى يقطع بنفسه، أو يأذن له بالقطع، فإن استأذن وأبى يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القطع، فإن لم يفعل الجار شيئاً من ذلك، ولكن قطع بنفسه ابتداء، فإن قطع من موضع لا يكون القطع من موضع آخر أعلى منه، أو أسفل أنفع للمالك [١٢٢أ/ ٢] لا يضمن.

هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح، وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح أيضاً: أنه إذا أراد القطع، فإنما يقطع في ملك نفسه، ولا يكون له أن يدخل بستان جاره حتى يقطعه؛ قال رحمه الله: وقد قال مشايخنا: إنما يكون له أن يقطع من جانب نفسه إذا كان يقطعه من جانب نفسه مثل قطعه من جانب صاحبه في الضرر، أما إذا كان قطعه من جانب صاحبه أقل، فهذا ليس له أن يقطع، ولكن يرفع الأمر إلى القاضي ليأمره بالقطع، فإن لح وإن بعث القاضي نائباً حتى يقطعه من جانب صاحب النخلة، ثم في الموضع الذي لا يضمن إذا قطعه بنفسه؛ لا يرجع على صاحب النخلة بما أنفق في مؤنة القطع؛ لأنه كان يمكنه أن يرافع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بذلك، أو يأمر به صاحب النخيل، فإذا لم يقطع صار متبرعاً.

أخرج شجرة الجوز صغاراً رطبة فأتلف إنسان تلك الجوزات يضمن نقصان الشجرة؛ لأن تلك الجوزات، وإن لم يكن لها قيمة، وليست بمال حتى لا يضمن بالإتلاف لأعلى الشجرة، فإتلافها ينقص قيمة الشجرة، فينظر: أن هذه الشجرة بغير تلك الجوزات بكم تشترى ومع تلك الجوزات بكم تشترى فيضمن فضل ما بينهما.

رجل غصب من آخر ثوباً، فقطعه قميصاً وخاطه، فاستحقه رجل من يد الغاصب؛ رجع المغصوب منه بقيمة الثوب على الغاصب؛ لأن هذا قضاء ما نملك بسبب حادث من جهة المدعى عليه، فلا يظهر أن الغاصب لم يغصب مال المغصوب منه.

وكذلك لو غصب لحماً فشواه، فاستحق الشوي، فللمغصوب منه أن يرجع على

الغاصب بقيمة المغصوب، وهو اللحم، ولو كان المستحق أقام البينة أن اللحم كان له قبل أن يشويه، أو كان الثوب له قبل أن يخيطه، أو كانت الحنطة له قبل الطحن؛ لم يرجع المغصوب منه على الغاصب بشيء؛ لأن هذا قضاء بالملك من الأصل، فتبين أن الغاصب لم يغصب مال المغصوب منه؛ هذه المسائل مع أجناسها في الباب الثامن من بيوع «الجامع».

حمل على حمار غيره شيئاً بغير أمره، فتورم ظهر الحمار، فشق رب الحمار الورم، فانتقص قيمة الحمار، فإنه يتلوم بالحمار؛ إن اندمل من غير نقصان، فلا ضمان على الذي غصب، وإن اندمل مع النقصان ينظر؛ إن كان النقصان من الورم، فضمان ذلك على الغاصب، وكذا إذا مات كان الجواب كما قلنا، فإن اختلفا، فقال صاحب الحمار الموت كان من الورم، وقال الغاصب: كان من الشق، فالقول قول الغاصب مع يمينه.

في غصب «فتاوى أبي الليث»: إذا استهلك رجل أحد مصراعي باب غيره أو أحد زوجي خف غيره، أو ما أشبه ذلك؛ كان للمالك أن يسلم الباقي، ويأخذ قيمتهما منه، في «الجامع» في باب بيع الشيئين المزدوجين كأنهما شيء واحد.

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف: رجل استهلك فرو نعل لرجل لم يضمن إلا قيمة ما استهلك، ولا يدفع إليه الأخرى، ويضمنهما جميعاً قال: وكذلك لو أحرق مصراعاً لرجل أو أخذ جصه قال: أرأيت لو كسر حلقة خاتم فيها فص قيمته مائة أكنت أضمن الفص والخاتم؟ لا أضمن إلا ما استهلك؛ قال ثمة: وكسر ....[1] بسرج ضمنه ولم يضمن السرج؛ لأن هذا يخلص منه بلا ضرر، وكل شيئين مفردين أو ثني واحد يخلص بعضه عن بعض، فلا ضرر؛ مثل .....[1] السرج .....[1] فإنه يضمن ما جنى عليه من ذلك؛ لا يضمن غيره.

إذا جاء الرجل بالحنطة إلى الطحان، ووضعها في صحن الطاحونة، وأمر صاحب الطاحونة أن يدخلها بالليل في بيت الطاحونة، فلم يدخلها في بيت الطاحونة بالليل، وسرقت الحنطة، فإن كان صحن الطاحونة محوطاً بحائط مرتفع مقدار ما لا يرتقى إلا بسلم، فلا ضمان، وإن كان بخلافه وجب الضمان؛ لأنه في هذا الوجه مضيع، وفي الوجه الأول ليس بمضيع.

في «فتاوى أبي الليث»: هدم بيت نفسه، وانهدم من ذلك بيت جاره فلا ضمان.

في «فتاوى أهل سمرقند»: إذا دفع إلى القصار ثوباً ليقصره فلف القصار في الثوب الخبز وذهب به حيث تقصر الثياب، فسرق الثوب منه، فإن لف الثوب على الخبز كما يلف المنديل على ما جعل منه، وعقده، فهو ضامن؛ لأنه استعمله استعمالاً معتاداً، فصار غاصباً، وإن جعل الثوب تحت إبطه، ودس فيه الخبز، فلا ضمان في هذا الموضع أيضاً.

---

(١) بياض بالأصل.

وفيه أيضاً: الحمال إذا نزل في مفازة، وتهيأ له الانتقال، فلم يفعل حتى فسد المتاع بمطر أو سرق، فهو ضامن؛ هكذا ذكر، قيل هذا إذا كان المطر في ليلة غالباً؛ لأنه حينئذٍ يكون مضيعاً وقيل أيضاً: ويشترط مع ذلك أن لا يكون المالك معه، أما إذا كان المالك معه، فلا ضمان.

وفيه أيضاً: إذا دفع حمولة إلى جمال ليحملها إلى بلدة، فجاء الجمال إلى نهر عظيم، وفي النهر جمد كثير يجري كما يكون في الشتاء، فركب الجمال جملاً من الجمال، والجمال الآخر يدخلون الماء على أثر هذا الجمل، وقع جمل من الجمال في الماء من جريان الجمد وسقط الجمل في الماء قال: إن كان الناس يسلكون في مثل هذا، ولا ينكرون هذا، فلا ضمان.

جاء إلى قطار إبل وحل بعضها فلا ضمان؛ لأنه لم يغصب إبلاً. غصب بيضتين فحضن إحدهما تحت دجاجة له، أو حضنت دجاجة أخرىٰ على البيضة الأخرى، فالفرختان له، وعليه بيضتان؛ لأنه استهلك الأولى وهلكت الأخرى في ضمانه، ولو كان مكان الغصب وديعة فالتي حضنت الدجاجة لصاحب البيضة؛ لأن الأمانة هلكت.

في «العيون» في «مجموع النوازل»: رجل غصب من آخر بقرة، وغصبها آخر من الغاصب، ثم سرقها المالك من الغاصب الثاني لعجزه عن استردادها منه مجاهرة، ثم إن الغاصب الثاني غلب على المالك، وغصب البقرة منه، فلا خصومة لصاحب البقرة على الغاصب الأول؛ لأن عين ما غصب منه الغاصب الأول قد وصل إليه.

سئل قاضي القضاة شمس الإسلام محمود الأوزجندي عن رجل دفع إلى آخر غلامه مقيداً بالسلسلة، وقال: اذهب به إلى أبيك، فذهب به بدون السلسلة، فأبق العبد؛ قال: لا ضمان؛ لأنه أمره بشيئين، وقد أتى بأحدهما.

جز غنماً بغير إذن صاحبها، وجعل صوفها لبوداً، فاللبود له؛ لأنه حصل بصنعه، فبعد ذلك ينظر؛ إن كان جز الصوف لم ينقص من قيمة الغنم شيئاً، فعليه مثل ذلك الصوف، وإن كان نقص منه فهو بالخيار؛ إن شاء ضمنه مثل ذلك الصوف، وإن شاء ضمنه ما دخل النقصان في الغنم.

في «فتاوى أبي الليث»: غصب من آخر عبداً أو جارية، وغاب المغصوب منه فجاء الغاصب إلى القاضي، وطلب منه أن يأخذ المغصوب منه، أو يفرض له النفقة، فحاصل الجواب في هذه المسألة أن القاضي يفعل ما هو الأصلح فيه في حق الغائب، فإن كان الأصلح أن يأخذ منه، فإن كان الغاصب مخوفاً يأخذه، ويبيعه إن رأى المصلحة في البيع، وإن كان الأصلح أن يتركه في يد الغاصب تركه.

حريق وقع في محلة، فهدم إنسان دار رجل بغير إذن صاحبها حتى انقطع الحريق من داره، فهو ضامن إذا لم يفعل [١٢٢ب/ ٢] بإذن السلطان، ولكن لا إثم عليه في ذلك؛ لأنه هدم ملك الغير بغير إذنه، وبغير إذن من يلي عليه، ولكن تعذر فهو نظير المضطر بتناول طعام الغير بغير إذنه.

في «فتاوى أبي الليث»: سفينة حملت عليها حمولات لأقوام، بعض أرباب الحمولات معها، فاستقرت السفينة في جزيرة، فأخرج بعض الحمولات لتخف السفينة، ووضعت في الجزيرة، فضاعت الحمولات، فإن كان لا يخاف الغرق، فالذي أخرج الحمولات ضامن، وإن كان يخاف الغرق، فإن ضاعت الحمولات قبل أن يقع الأمن عن الغرق فلا ضمان، وإن ضاعت بعدما وقع الأمن، فهو ضامن؛ وهذا لأن إخراج بعض الحمولات إذا خيف الغرق على السفينة ليس بجناية، ولكن على الذي أخرج إعادتها إلى السفينة بعدما وقع الأمن عن الغرق، فيصير بترك الإعادة في هذه الحالة جانياً ضامناً.

في «فتاوى أهل سمرقند»: إذا سقى أرض نفسه، وتعدى إلى أرض جاره، فلا ضمان على الساقي.

وكذلك إذا أحرق الكلأ في أرضه، وذهب النار يميناً وشمالاً، فأحرق شيئاً لغيره، فلا ضمان على الموقد؛ وهذا جواب «الكتاب».

ومن المشايخ من فرق بين إرسال الماء، وبين إيقاد النار، فقال: من طبع النار الخمود، والتعدي بفعل الريح، ونحوه، فلا يضاف إلى فعل الموقد، ومن طبع الماء السيلان، فأضيف السيلان والإتلاف إلى المرسل، وفي المسألة كلمات تأتي في كتاب الشرب والجنايات.

العبد المغصوب إذا مات في يد الغاصب، وأقر الغاصب أنه كان غصبه من فلان؛ يؤمر بتسليمه القيمة إلى المقر له، فإن جاء رجل، وأقام البينة أنه عبده غصبه منه، فالقاضي يقضي بالقيمة لصاحب البينة، فإذا قضى بالقيمة لصاحب البينة، وأخذها لا شيء للمقر له على الغاصب، فإن وصلت تلك القسمة بعينها إلى الغاصب من جهة المقضي له، أو بالإرث أو بالوصية أو بالمبايعة؛ يؤمر بردها إلى المقر له، ولو وصل إلى الغاصب ألف آخر من المقضي له سوى المأخوذ منه، فإن وصل بالهبة أو بالمبايعة؛ لا يؤمر بالرد على المقر له، وإن وصل بالميراث أو بالوصية يؤمر.

في «الزيادات» في باب الحوالة قبل باب السلسلة: المغصوب إذا اكتسب كسباً، ثم استرده المالك مع الكسب؛ لا يتصدق بالكسب، والغاصب إذا ضمن القيمة عند الهلاك أو الإباق صار الكسب له؛ يتصرف بالكسب.

في «الزيادات» في آخر باب الكسب: إذا أقر أنه غصب من فلان شيئاً، ولم يبين، فالقول قوله، ولا بد من أن يعتبر شيء يمانعه الناس ويقصد بالغصب حتى لو لم يكن كذلك، بأن بين بالتراب ونحوه لا يصدق؛ لأنه لا يسمى غاصباً، ولو بين بشيء يقصده الناس، ولا قيمة له؛ نحو أن يقر أنه غصب حراً أو جلد ميتة قبل قوله، وهو اختيار مشايخ عراق، واختيار مشايخ ما وراء النهر؛ لأنه لا بد من أن يفسر بشيء له قيمة.

في غصب «القدوري» في أوله ذكر في «أدب القاضي» للخصاف في باب العدوى، عن عثمان رضي الله عنه: إحراق البيت الذي فيه الخمر، ولم يروَ ذلك عن أصحابنا رحمهم الله؛ إنما روي عنهم هدم البيت على صاحب الخمر، فإنهم قالوا: يهدم عليه

بيته، كأنهم أخذوا ذلك من هذا الحديث، وأما كسر الدنان، ذكر في «السير الكبير»: أنه إن فعل ذلك بإذن الإمام، أو فعل الإمام بنفسه، فلا ضمان، وإن فعل غير الإمام بغير إذن الإمام، فعليه الضمان.

وفي سير «العيون» مسلم شق زق خمر لمسلم، لا يضمن الخمر، ويضمن الزق؛ إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فحينئذٍ لا يضمن؛ لأنه مختلف فيه، وكذلك إذا أظهر بيع الخمر في المصر يمنع منه، فإن أتلف ذلك إنسان يضمن إلا أن يكون إماماً يرى ذلك؛ لأنه مختلف فيه.

في «المنتقى» قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله: رجل في يده ثوب فتشبث رجل بالثوب، فجذب صاحب الثوب من يد المتشبث فانخرق الثوب؛ قال: يضمن المتمسك نصف ذلك، قلت: من أين افترق هذا، واليد؟ قال: لأن ....[1] يده أذى والتشبث ليس بأذى، وإن كان الذي جذب هو المتشبث، فهو ضامن جميعه؛ لأنه لم يكن له الجذب.

قال هشام: قلت: جلس رجل إلى جنب رجل، فجلس على ثوبه، وهو لا يعلم، فقام صاحب الثوب، فانشق ثوبه من جلوسه عليه؛ قال: يضمن نصف الشق؛ لأنه لم يكن له أن يجلس على ثوبه، فكان متعدياً في الجلوس، وقد حصل الشق بفعلهما، فيسقط ما كان بفعل المالك، ويجب ما كان بفعل الجالس.

وروى إبراهيم بن رستم عن محمد: في رجل قعد على رداء رجل، وهو لا يعلم، فنهض الرجل، فتخرق الرداء؛ قال: يضمن الذي قعد على الثوب؛ أوجب الضمان مطلقاً غير مقدر بالنصف، وإنه يخالف رواية هشام عنه، وعلى هذا المكعب إذا تخرق من وضع رجل غير صاحبه عليه، وصاحبه لم يعلم به، فعلى قياس رواية هشام يضمن الواضع نصف النقصان على نحو ما بينا في مسألة الثوب.

وفي «نوادر ابن رستم»: أن الحائك إذا حاك لرجل، فجاء الطالب ليأخذ الثوب، وأبى الحائك أن يدفع حتى يأخذ الأجر ضمن صاحب الثوب الثوب، فتخرق إن تخرق من يد صاحبه لا يضمن الحائك شيئاً، ولو تخرق من يديهما ضمن الحائك نصف قيمة الخرق؛ يعني نصف قيمة النقصان المتمكن بالخرق.

دفع عيناً إلى دلال ليبيعه، فعرض الدلال على صاحب دكان، وترك عنده، فهرب صاحب الدكان، وذهب بالمتاع؛ يضمن الدلال؛ لأن الدلال أمين، وليس للأمين أن يودع.

وذكر النسفي في «فتاويه» عن شيخ الإسلام أبي الحسن: أنه لا يضمن، وهو الصحيح؛ لأن هذا أمر لا بد منه؛ لأن المستام يعرض المتاع على أهله، أو من أحب لينظر في ذلك، ثم يشتري، فكان هذا أمراً لا بد منه، فلا يضمن الدلال لهذا.

---

(١) بياض بالأصل.

وإذا كان في يد الدلال ثوب يبيعه، فظهر أنه مسروق، وقد كان رده إلى من دفع إليه، فطلب منه المسروق منه الثوب، فقال الدلال: رددته إلى من كان دفع إليّ بريء؛ لأن غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب يبرأ.

في «مجموع النوازل»: جارية دفعت جارية أخرى، فذهبت عذرتها، قال محمد بن الحسن: عليها صداق مثلها، بلغنا ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وفيه أيضاً: عن أبي يوسف في رجل قتل ذئباً، أو أسداً لرجل؛ قال: لا ضمان عليه، وإن قتل قرداً ضمن قيمته؛ لأن القرد بمنزلة الكلب؛ قال الفقيه أبو الليث: القرد يخدم في البيت ويكنس البيت، فتكون له قيمة الكلاب، بخلاف الذئب والأسد.

سئل نجم الدين عن أهل مسجد من الصبيان مع المعلم أصابهم برد، وعلى الجدار كوة مفتوحة، قال المعلم لواحد من الصبيان: خذ فوطة هذا الصبي، وسد بها الكوة ليرتفع البرد عنا [٢/١٢٣] ففعل وضاعت الفوطة، فلا ضمان على المعلم، ولا على الصبي الذي أخذ الفوطة وسد بها الكوة؛ لأن جعلها في الكوة وهم حاضرون لا يكون تضييعاً، فلا يضمنان.

في «الحاوي»: سئل أبو القاسم عمن تعلق ثوبه بقفل قفله رجل وتخرق، قال: إن مده صاحب الثوب حتى تخرق لم يضمن صاحب القفل، وإن تخرق من غير المد إن فعل المالك في موضع مأذون له لا يضمن وإلا فيضمن.

في «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد في رجل غصب عبداً، وضمن رجل للمغصوب منه العبد أن يدفعه إليه غداً فإن لم يفعل، فعليه ألف درهم، وقيمة العبد خمسون درهماً، فلم يدفع إليه العبد غداً؛ قال: إذا ثبت العبد للمغصوب منه لزم الضامن قيمة خمسين درهماً، وبطل الفضل، فإن اختلفا في قيمته، فالقول قول المغصوب منه مع يمينه فيما بينه وبين ألف درهم، والقول قول الكفيل فيما زاد، في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف رضي الله عنهما.

وأما في قولنا، فالقول قول الغاصب في القيمة وضمان الألف باطل؛ لأنه لم ينسبها إلى قيمة العبد، فإن ضمن القيمة وسماها، فينظر في ذلك، فإذا هي أكثر من قيمة العبد بما يتغابن الناس فيه؛ فتلك قيمة العبد قبل منه ذلك، وإن كانت أكثر من قيمة العبد بما لا يتغابن الناس فيه؛ بطل الفضل على ما يتغابن الناس فيه.

دابة لرجل دخلت زرع إنسان، فأخرجها صاحب الزرع، فجاء ذئب وأكلها؛ إن أخرجها ولم يسقها بعد ذلك، فلا ضمان، عليه أكثر المشايخ، وعليه الفتوى، وإن ساقها أكثر مشايخنا على أنه يضمن؛ سواء ساقها إلى مكان يأمن عليها من زرعه، أو أكثر من ذلك، وعليه الفتوى.

وكذلك الراعي إذا وجد في بادوكه بقرة لغيره، فطردها قدر ما تخرج من بين بادوكه لا يضمن، وإن ساقها بعد ذلك يضمن، فأما إذا وجد في زرعه، فأخبر صاحبها، وأخرجها صاحبها، فأفسدت الدابة الزرع؛ إن أمره صاحب الزرع بالإخراج؛ لا يضمن

صاحب الدابة، وإن لم يأمره يضمن هذه الجملة في الباب الأول من غصب «الواقعات».

رجل أرسل دابة وكان سائقاً لها، فأصابت شيئاً ضمن السائق، ولو أرسلها إلى جهة، ولم يكن سائقاً لها، فأصابت في وجهها ذلك؛ ضمن صاحبها بخلاف ما إذا أرسل كلباً أو بازياً على صيد، فأتلف شيئاً في حرزه ذلك حيث لا يضمن صاحبها إذا لم يكن سائقاً للكلب إلى الصيد وإرسال الكلب إلى الصيد يخالف إرساله إلى إنسان، فإن من أرسل كلبه إلى إنسان، فأصابه؛ ضمن المرسل، وإن لم يكن سائقاً للكلب؛ قال: فلو أن الدابة لم تذهب إلى وجهها؛ بل انعطفت يميناً وشمالاً، وأصابت شيئاً فلا ضمان على صاحبها إذا كان لها طريق في وجهها ذلك، وإن لم يكن لها طريق في وجهها ذلك، وإنما الطريق له يمين، وشمال لا غير، فانعطف وأصابت شيئاً فيضمن صاحبها، وإن وقفت ثم سارت فما أصابت بعد ذلك، فلا ضمان على صاحبها؛ لأن حكم إرساله قد انقطع لما وقف ساعة.

بخلاف الكلب إذا أرسل على صيد، فوقف ساعة، فإن الإرسال لا ينقطع حتى لو أخذ الصيد بعد ذلك رجل، وكذلك إذا أرسل حماره، فدخل زرع إنسان، فأفسده إن ساقها إلى الزرع ضمن، وإن لم يسق بأن لم يكن خلفه إن لم ينعطف عليه يميناً وشمالاً؛ بل ذهب إلى الوجه الذي أرسلها صاحبها، فأصابت الزرع؛ ضمن صاحبها، وإن انعطفت يميناً وشمالاً، فهو على التفصيل الذي قلنا؛ هذه الجملة في شرح ديات شيخ الإسلام؛ في باب جناية الراكب.

وإن وجد الرجل دابة في مربط، فأخرجها، ولم يسقها بعد الإخراج، فأكلها الذئب؛ ضمن قيمتها.

فرق بين هذا، وبينما إذا وجدها في كرمه أو زرعه فأخرجها، ولم يسقها بعد الإخراج، فأكلها الذئب حيث لا يضمن قيمتها، والفرق أن الدابة لا تفسد المربط، فكان في إخراجها عن المربط مضيعاً للدابة لا دافعاً شرها عن نفسه، أما الدابة تفسد الزرع والكرم، فكان الإخراج في هذين الوجهين لدفع ضرر الدابة لا تضييعاً لها، وإن وجد دابة في كرمه أو زرعه فحبسها في منزله فهلكت؛ ضمن قيمتها لصاحبها؛ لأنه ليس له ولاية الحبس، فيصير بالحبس غاصباً مضموناً.

ذكر في «السير الكبير» على سبيل الاستشهاد أن من أخذ جلود دابة لرجل، فدبغها، وفعلها فرواً؛ ينقطع حق المالك عن الجلود، وكان الفرو للعامل وغرم قيمة الجلود لما ملكها. ولو أخذ جلود ميتة وجعلها فرواً؛ ثم دبغها لا ينقطع حق المالك عن العين، ويقوّم الفرو جلداً غير معمول، ويقوم معمولاً، فإن شاء العامل إعطاء قيمة جلده ذكياً غير معمول، وإن شاء باع الفرو فقسم ثمنه على قيمة الجلد ذكياً غير معمول، وعلى قيمته فرواً معمولاً فما أصاب الجلد كان لصاحبه، وما أصاب العمل كان لصاحب العمل.

والفرق بين الجلود الذكية وبين الميتة: أن الصنعة في الذكاة إنما جعلت في جلد يضمن بالغصب والاستهلاك، فأوجبت انقطاع حق صاحب العين عن العين، وفي جلد

الميتة الصنعة جعلت في جلد لا يضمن بالغصب، والاستهلاك، فلم يوجب انقطاع حق صاحب العين عن العين.

وهذا هو الأصل: أن الصنعة إنما تجعل المصنوع ملكاً للصانع إذا كان المصنوع قبل الصنعة مما يضمن بالغصب والاستهلاك؛ أما إذا كان مما لا يضمن بالغصب والاستهلاك قبل الصنعة، فبالصنعة لا يصير مملوكاً للصانع.

وأصل هذا ما ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير»: لو أن رجلاً من أهل الجند وجد في دار الحرب من الخشب المليح، فعمل منه قصاعاً، وأخونة، ثم أخرجها إلى دار الإسلام، فإن للإمام أن يأخذ ذلك منه، ويعطيه قيمة ما زاد الصنعة فيه، وإن شاء باعه، وقسم الخشب على قيمة هذا الخشب غير معمول، وعلى قيمته معمولاً فما أصاب غير المعمول من ذلك، فإنه يرده في القسمة، وما أصاب المعمول حين ذلك، فإنه يرد، ولا يصير المصنوع ملكاً للعامل ولو أخرجت الغنائم إلى دار الإسلام، فأخذ رجل من هذا الخشب المليح، وجعله قصاعاً، وغير ذلك مما وصفنا لك فإنه يضمن قيمة الخشب، وكان المصنوع للذي عمل، لا سبيل للإمام عليه؛ لأن في الفصل الأول الصنعة إنما وجدت في خشب لا يضمن بالغصب والاستهلاك؛ لأن الغنائم لا تضمن بالغصب والاستهلاك في دار الحرب، فلم يوجد انقطاع حق الغزاة عن العين، وفي الوجه الثاني: الصنعة إنما وجدت في خشب يضمن بالغصب والاستهلاك.

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج مسألة الفرو، فنقول: إنما الخيار للعامل في جلد الميتة؛ لا لصاحب الجلد، وإن كان صاحب العمل صاحب تبع [١٢٣ب/ ٢] وصاحب الجلد صاحب أصل، والخيار ثبت في مثل هذا لصاحب الأصل كما في الثوب االمصبوغ؛ لا لصاحب التبع؛ فذلك لأن صاحب العمل. . . . .[1] كان صاحب تبع ههنا من حيث الحقيقة، فإن الصنعة صارت صفة للجلد، والأوصاف أتباع فمن حيث المعنى صاحب العمل أصل؛ لأن جلد الميتة لم يكن مالاً قبل الصنعة، والدباغة والمالية هي المقصودة من الأعيان لا نفس العين، وإنما صار مالاً بعمله، فصار من حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل، وصاحب الجلد من حيث المعنى صاحب تبع.

والعبرة للمعنى، وإنما اعتبر قيمة الجلد ذكياً؛ لأنه متى اعتبره ميتاً، وجلد الميتة لا قيمة له؛ لا يستحق صاحب الجلد شيئاً، فلهذا اعتبرت قيمته ذكياً.

قال محمد رحمه الله في كتاب «الأصل»: إذا غصب الرجل ثوباً من غيره ولبسه، ثم جاء صاحب الثوب ومدّ الثوب والغاصب لم يعلم بذلك، ولم يطلب صاحب الثوب الثوب منه فتخرق الثوب من ذلك، فلا شيء على الغاصب، وكان ينبغي أن يقال: بأنه يضمن الغاصب للمغصوب منه نصف قيمة الخرق؛ لأن الخرق حصل بيد صاحب الثوب، وإمساك الغاصب جميعاً، فإنه لولا إمساك الغاصب بعد مد المغصوب منه كان لا يخرق

(١) بياض بالأصل.

الثوب من يده، وإذا حصل الخرق من فعلهما يجب أن يكون على الغاصب نصف الضمان، كما لو خرقاه جميعاً، وكما لو طلب صاحب الثوب الثوب من الغاصب، فمنعه فمده المغصوب منه الثوب مثله فتخرق الثوب؛ ذكر أن الغاصب يضمن نصف قيمة ما تخرق؛ لأن الخرق حصل بفعلهما والجواب أن الإمساك من الغاصب إن وجد حقيقة بلبس الثوب لم يوجد معنى؛ لأن الغاصب بلبس الثوب قصد ستر نفسه في إمساكه عن المالك، فلم يوجد الإمساك من الغاصب معنى، فبقي التلف كله مضافاً إلى مد المالك؛ بخلاف ما إذا طلب منه المالك وأمسكه؛ لأن هناك وجد الإمساك من الغاصب حقيقة ومعنى.

ولو طلب المغصوب منه الثوب من الغاصب، فمنعه الغاصب عنه، ثم إن المغصوب منه مده مداً شديداً؛ لا يمد مثله، فتخرق الثوب؛ لا ضمان على الغاصب؛ علل فقال: لأنها بمنزلة سكين جاء به وخرقه، فقد أضاف الخرق كله إلى فعل المالك، وهذا مشكل؛ لأنه لولا إمساك الغاصب الثوب لكان لا ينخرق بمد المالك، فكان الخرق مضافاً إلى فعلهما.

ألا ترى أنه لو مد مد مثله كان الخرق مضافاً إليهما حتى كان على الغاصب نصف الخرق، فههنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب أن الإمساك قد يتحقق من الغاصب، ولا يكون سبب خرقه، فإن كان قبل المد، ويكون سبب خرقه بأن كان في حال المد، فكان الإمساك في نفسه سبب الخرق من وجه دون وجه، فاعتبر سبب الخرق إذا كان مد المالك مداً يمد مثله، وأضيف الخرق إلى المد، والإمساك جميعاً، ولم يعتبر سبب الخرق إذا كان مداً لا يمد مثله، وأضيف الخرق إلى المد وحده بخلاف المد حيث يضاف الخرق إليه؛ لأن المد سبب الخرق على كل حال، وقيل: الإمساك إنما لا يحصل الخرق؛ لأن المد لا يؤخذ؛ لأن بدون الإمساك يكون أخذاً، ولا يكون مداً، وإذا كان المد متى تحقق بسبب خرق على كل حال، والإمساك سبب الخرق في حال دون حال أضيف الخرق إلى المد على كل حال دون حال، وأضيف الخرق إلى الإمساك في حال دون حال.

ونظير هذا الممسك: الثوب إذا كان على صاحب الثوب جاء آخر ومد الثوب مداً يمد مثله أو مداً لا يمد مثله ليبديه كان الضمان على الماد، وأضيف الخرق كله إلى المد دون الإمساك، وطريقه ما قلنا.

ذكر شيخ الإسلام في شرح «السير» في باب قصور الغنائم؛ قال مشايخنا: الغاصب إذا ندم على ما صنع، ولم يظفر بالمغصوب منه يمسك المغصوب إلى أن ينقطع مجيء صاحبه، فإذا انقطع طمعه في مجيء صاحبه، يتصدق إن شاء بشرط أن يضمن متى لم يجز صاحبه صدقته؛ قال: والأحسن أن يرفع ذلك إلى الإمام؛ لأن الإمام لتدبيره رأي في أموال الغيب، فالأحسن أن لا يقطع عليه رأيه.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل غصب عبداً أو أجر العبد نفسه،

وسلم من العمل صحت الإجارة على ما عرف، فإن أخذ العبد الأجر، وأخذ الغاصب الأجر منه وأتلفه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رضي الله، وقالا: يجب عليه الضمان، وإن كان الأجر قائماً كان للمالك أخذه بالإجماع، هما يقولان: إنه أتلف مال الغير وهو مولى العبد؛ لأنه كسب عبده، وكسب العبد تبع لرقبته فيكون لمالك الرقبة؛ ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الكسب مال المالك؛ لكنه لا عصمة لها في حق الغاصب بعد الغصب، فأشبه صاحب السرقة بعد القطع، وبيان عدم العصمة أن العصمة ثبتت بيد حافظة؛ إما بنفسه أو بيد ثانية، ويد المالك لم تثبت على هذا المال، ويد الغاصب ليس يد المالك.

فإن قيل: يد العبد يد المولى، والكسب في يد العبد، فيصير كأنه في يد المولى؛ قلنا: العبد في يد الغاصب حتى كان مضموناً عليه، وإذا كان العبد في يد الغاصب لم يكن العبد محرزاً وحافظاً نفسه عن الغاصب، فلا يكون محرزاً وحافظاً ما في يده أيضاً.

وكذلك قلنا: إن كسب المبيع قبل القبض غير مضمون على البائع بالاتفاق، فكذلك هذا، أو نقول هذا مال الغاصب فيه تأويل الملك، ولا يكون مضموناً عليه، بالإتلاف كمال الابن في حق الأب.

بيانه: أن العبد إذا هلك في يد الغاصب وضمن رقبته للمالك فالأحر يسلم للغاصب أو نقول الأجر بدل منفعة العبد، ولو استهلك الغاصب منفعة العبد بأن استعمله في محل من الأعمال لا يضمن، فكذا إذا استهلك بدلها.

قال في «الجامع الكبير»: رجل غصب من آخر جارية قيمتها ألف درهم غصب من الغاصب رجل وقيمتها يوم الغصب الثاني أيضاً ألف درهم، فأبقت من الغاصب فللأول أن يضمن الثاني قيمتها، وإن لم يضمن المالك الأول؛ لأن القيمة قائمة مقام العين، ولو كانت الجارية حاضرة، وكان للغاصب الأول أن يسترد الجارية للتمكن من إقامة الفعل الواجب عليه، وهو الرد، فكذلك ما يقوم مقام العين، وهو القيمة.

ألا ترى قوله عليه السلام: «ما أخذت حتى ترد»[1]، والغاصب الثاني إنما أخذها من الغاصب الأول، فوجب عليه الرد على الغاصب الأول، فإذا عجز عن رد العين، وجب رد القيمة التي هي قائمة مقام العين، فإذا أخذ الغاصب الأول القيمة برىء الثاني عن الضمان؛ لأن الثاني برد الجارية على الأول [١٢٤أ/ ٢] برىء من الضمان، فكذا إذا رد القيمة، تكون القيمة قائمة مقام العين، وتكون القيمة المأخوذة من الثاني مضمونة على الغاصب الأول؛ حتى لو هلكت في يد الغاصب الأول كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمتها بالغصب؛ لأن الغاصب الأول لو أخذ الجارية لم تكن أمانة في يده، فكذلك إذا أخذ القيمة، فإذا حضر المالك كان له الخيار؛ إن شاء أخذ من الغاصب الأول القيمة التي أخذها من الغاصب الثاني، وتصير الجارية مملوكة للغاصب الثاني، وإن شاء ضمن

(١) لفظ الحديث بتمامه: «على اليد ما أخذت حتى ترد» وتقدم مع تخريجه في الفصل الثاني من كتاب الغصب.

الأول قيمتها ابتداء بالغصب، وتصير الجارية مملوكة للغاصب الأول من جهة المالك، ثم تصير للغاصب الثاني من جهة الغاصب الأول.

وإن كانت قيمة الجارية يوم الغصب الأول ألف درهم، ويوم الغصب الثاني ألفي درهم، ثم انفقت من يد الثاني، وأخذ الأول من الثاني ألفي درهم، وهلكت في يد الأول؛ لم يكن للمالك أن يضمن الأول ألفي درهم؛ لأن أخذ الألفين قيمة الزيادة المتصلة؛ الحادثة في يد الغاصب، وإنها أمانة عندنا في يد الغاصب، فكذلك ما قام مقامها.

ألا ترى أن الجارية إن كانت حاضرة فاستردها؛ كان الفضل على الألف أمانة عنده، فكذلك إذا أخذ الألف القيمة، فلهذا لا يضمن الفضل، وإنما يضمن قيمتها يوم الغصب ألف درهم، ولو أن المولى حضر والقيمة في يد الغاصب الأول قائمة على حالها، وقد ظهرت الجارية، فالمالك بالخيار؛ إن شاء أخذ جاريته حيث ما وجدت، وإن شاء أخذ القيمة التي أخذها الغاصب الأول من الثاني، وإن شاء ضمن الغاصب الأول قيمتها يوم الغصب، وهذا مشكل من وجهين:

أحدهما: أنه جعل للغاصب الأول سبيلاً من تضمين الثاني، ولم يجعله سبيلاً من تمليك الجارية حتى قال: إن للمولى ولاية أخذ الجارية متى ظهرت، وإن كان الملك ثبت في المضمون ضرورة الاستيفاء.

والثاني: هو أنه جعل للمولى حق تضمين الغاصب الأول بعد ظهور الجارية، والصورة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف.

والجواب عن الإشكال الأول أن نقول بأن الغاصب الأول ليس بنائب عن المالك في التضمين حتى يصير نائباً عنه في تمليك الجارية من الثاني، وكيف يكون نائباً عنه، وإنه فوت عليه اليد كلاً إنما كان للأول تضمين الثاني ليتمكن من إقامة ما عليه من الرد، والاستيفاء من ضرورات الرد؛ أما التمليك ليس من ضروراته كما في المدبر؛ إلا أن عند عدم الوقوف لمكان الجارية الحالة حالة الاستيفاء لا غير، وهو السبيل من ذلك أما بعدما ظهرت الجارية الحالة حالة الاستيفاء، وحال تملك الجارية، وهو منقول من الاستيفاء؛ أما ما ليس بسبيل من تملك الجارية، فكان بمنزلة الفضولي فتوقف على إجازة المالك، فإن أجاز أخذ القيمة، وإن رد كان حقه في استرداد الجارية؛ عرف مكانها لا أنها وصلت إلى مكانها.

قلنا: والمعرفة بمكان الجارية لا تمنع المصير إلى القيمة، فإن اختار المولى أخذ الجارية رجع الغاصب الثاني على الغاصب الأول بالقيمة التي أخذها؛ لأن المعوض استحق من يده، فإن كانت القيمة هلكت في يد الأول ضمن الغاصب الأول ذلك للغاصب الثاني؛ لأن للأول أخذ القيمة بدلاً عن المعوض، فيكون مضموناً عليه؛ كالثمن على البائع، ولا يرجع الغاصب الأول بذلك على المغصوب منه؛ لأن الغاصب الأول ليس بوكيل عن المالك أصلاً، والرجوع بالعهدة حكم الوكالة، وإن كان أخذ المولى من

الغاصب الأول القيمة التي أخذها من الغاصب الثاني؛ سلمت الجارية للغاصب الثاني لنفاذ التمليك على المالك، وإن ضمن المولى الغاصب الأول قيمة الجارية يوم الغصب الأول سلمت القيمة التي أخذها الغاصب الأول له؛ لأنه تيقن أنه ملكها من وقت الغصب الأول، وإن الثاني غصب ملك الغاصب الأول، فكان الضمان الأول؛ إلا أن الأول يتصدق بأحد الألفين وهو الفضل على القيمة التي أداها إلى المالك، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد؛ أما على قول أبي يوسف؛ لا يتصدق بشيء؛ بل يطيب له؛ لأن شرط الطيب عندهما الملك والضمان، والضمان ههنا، وإن كان واجباً وقت المبادلة فالملك لم يكن، وعند أبي يوسف شرط طلب الضمان لا غير، وقد وجد ذلك ههنا، وأصل المسألة: المودع إذا باع الوديعة، وربح ثم ضمن؛ هل يطيب له الربح؟ فهو على هذا الاختلاف.

قال: وليس للغاصب الثاني أن يطأ الجارية حتى يختار المولى أخذ القيمة التي أخذها الغاصب الأول، ويختار ضمان الغصب الأول؛ لأن الملك قبل ذلك موقوف، والحل لا يثبت بالملك الموقوف، فإن كانت الجارية حاضت حيضة بعدما أخذ الأول القيمة من الثاني قبل أن يختار المولى شيئاً من ذلك، ثم اختار شيئاً من ذلك، لا يجزىء بتلك الحيضة؛ لأن الملك موقوف، والحيضة إذا وجدت بعد ثبوت الملك قبل وجود اليد لا تجزىء بها عن الاستبراء، فإذا حصلت قبل ثبوت الملك؛ لأن لا يجزئ بها كان أولى.

ولو كان الغاصب الأول أقر بقبض القيمة من الغاصب الثاني، فهذا وما لو ثبت أخذ القيمة بإقامة البينة سواء، غير أن بينهما فرقاً من وجه أن في هذه الصورة كان للمولى أن يضمن الثاني، وفيما إذا ثبت ذلك بالبينة ليس للمولى تضمين الثاني.

والفرق: أن حق تضمين الثاني قد ثبت للمالك لكونه غاصب الغاصب؛ إلا أن تضمين الأول الثاني يبطل هذا الحق للمالك، وذلك ههنا إنما ثبت بإقرار الأول، والإقرار حجة قاصرة، فلم يظهر أخذ الأول القيمة من الثاني في حق بطلان حق المالك في تضمين الثاني بخلاف الأول؛ لأن هناك أخذ القيمة ثبت بأمر حجة عامة؛ أما هاهنا بخلافه وكان المعنى فيه، وهو أن الغاصب الأول إنما ملك الاستيفاء ليتمكن من إقامة ما عليه من فعل الرد وصفة الضرورة تندفع بحقيقة الاستيفاء، فلا ضرورة إلى اعتبار الإقرار بالاستيفاء.

وكذلك الجواب فيما إذا قضى القاضي بالقيمة، ثم أقر الغاصب بقبض القيمة، وكذلك لو أقر الأول بقبض الجارية من الثاني، وأقر أنها ماتت عنده لم يقبل قوله حتى كان للمالك أن يضمن الغاصب الثاني في هذه الوجوه كلها لما ذكرنا، ويرجع الغاصب الثاني على الغاصب الأول بالقيمة؛ لأن إقراره بالاستيفاء صحيح في حقه إن لم يصح في حق المالك.

قال محمد رحمه الله في «الجامع» أيضاً: رجل غصب من آخر عبداً، ثم استأجره من المغصوب منه صح؛ لأنه لو اشتراه من المغصوب منه صح، فالإجارة أولى، ويصير

المستأجر قابضاً له [١٢٤ب/ ٢] بحكم الإجارة بنفس العقد؛ لأن يد الغاصب يد ضمان بقيمة المضمون، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء؛ فأولى أن يقع عن قبض الإجارة، ويبرأ الغاصب من الضمان؛ لأن يد الغاصب بدلت بيد الإجارة، ويد الإجارة يد أمانة، وضمان الغصب مما يحتمل البطلان.

ألا ترى أن المغصوب منه لو أبرأ الغاصب عن الضمان يبرأ، فكذلك إذا أبدلت يد الغصب بيد الأمانة، فإن مات العبد في يد الإجارة مات أمانة لما مر، ويجب على الغاصب الأجر بقدر ما مضى من مدة الإجارة، ويسقط الباقي؛ لأن فيما مضى وجه تسليم المنافع إلى المستأجر بحكم إجارة صحيحة، فإن مضت مدة الإجارة والعبد حي لم يعد مضموناً؛ لأن يد الغصب بدلت بيد الأمانة، فلا يعود إلا بغصب جديد.

وهو الفقه: وهو أن الغصب تفويت يد المالك على وجه التعدي، وبالإجارة فات معنى التعدي، وبمضي مدة الإجارة لا يعود معنى التعدي؛ فلا يعود حكم الغصب.

ولو أن المغصوب منه أعار العبد من الغاصب صح؛ لأنه إذا آجره منه يصح، فإذا أعاره منه أولى أن يصح، ولا يصير قابضاً له بحكم العارية بنفس العارية بخلاف الإجارة، والفرق: وهو أن الإجارة أوجبت استحقاق المنافع للمستأجر، فيوجب استحقاق اليد تسليماً للمستحق، ويد الغاصب تصلح نائبة عن يد الإجارة، فقامت مقام يد الإجارة أيضاً للماهية المستأجرة، فأما العارية فلا توجب استحقاق المنافع لما عرف، فلا توجب استحقاق اليد، فلم يجب إيفاؤها، فلا تقوم يد الغاصب مقام يد العارية، فلهذا لا يصير قابضاً بنفس العارية، فإذا انتفع به الآن ثبتت يد العارية، وهي يد أمانة، فبطل بها يد الغاصب، فإذا فرغ من العاريةلم يعد غصباً بخلاف الرهن.

والفرق: وهو أن بيد العارية إنما بطلت يد الرهن، وبطل الضمان أيضاً لكون الضمان متعلقاً بحقيقة اليد؛ أما عقد الرهن فهو باق لبقاء حكمه، وهو تمليك اليد والحبس، فإذا بطلت يد العارية عادت يد الرهن، فعاد الضمان المتعلق به، فأما ضمان الغصب يتعلق بقاؤه ببقاء اليد المتعدية، وقد بطل ذلك بيد العارية، فلا يعود، وبالفراغ من العمل، فلا يعود الضمان المتعلق به، ولوأمر المالك الغاصب أن يتبع المغصوب صح، ويصير وكيلاً، ولا يخرج العبد عن ضمانه؛ لأن كونه غاصباً ضامناً لا ينفي كونه وكيلاً.

ألا ترى أن الوكيل بالبيع إذا استعمل المبيع حتى صار ضامناً بقي وكيلاً؛ كذا هنا؛ كان المعنى فيه، وهو أن الأمر يقتضي الائتمار، والائتمار لا يقتضي قيام يد الوكيل، فلا يقتضي أيضاً قيام وصفه، وهو كونه يد أمانة، فإن باعه هلك قبل التسليم، انتقض البيع ولزمته قيمة العبد المغصوب؛ لأن الغصب لا يبطل بمجرد البيع.

فإن قيل البيع بالمبيع صار مضموناً بالثمن في يد الوكيل، وهذا ينفي كونه مضموناً بضمان القيمة؛ لأن ضمان القيمة مع ضمان الثمن لا يجتمعان في عين واحد؛ قلنا تفسير كونه مضموناً بالثمن ليس إلا كونه بحال لو هلك قبل القبض يسقط الثمن عن المشتري،

وهذا لا ينفي ضمان القيمة على الغاصب، فإن رده المشتري بالعيب إن كان قبل القبض فهو في ضمان الغصب على حاله؛ لأن الغاصب لا يبطل بمجرد البيع، فلا يبطل الضمان المتعلق به، وإن كان الرد بعد القبض لا يعود مضموناً؛ لأن التسليم حصل بأمر المالك؛ لأن الأمر بالبيع أمر بالتسليم، والتسليم إلى المشتري بأمر المالك بمنزلة التسليم من المالك، ولو سلم المالك إلى المشتري برىء الغاصب من الضمان، فكذا إذا سلم الغاصب بأمر المالك، وضمان الغصب متى بطل لا يعود إلا بغصب جديد.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل غصب من رجل جارية، وغصب آخر من رب الجارية عبداً، وتبايعا العبد بالجارية وتقابضا، ثم بلغ المالك فأجازه كان باطلاً؛ لأن الإجازة إنما تلحق العقد الموقوف دون الباطل، وهذا العقد وقع باطلاً؛ لأن البيع تمليك بتملك، وتملك بتمليك، وذلك لا يكون في بيع مال الرجل بماله.

يوضحه: أن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، ولو أذن المالك لهما في الابتداء بذلك لا ينعقد فكذا إذا فعلها بغير إذن المالك لا يتوقف.

ولو كان مالكهما رجلين فبلغهما فأجازا، كان جائزاً، وصارت الجارية لصاحب الغلام، وعلى غاصب الغلام قيمة الغلام لمولاه، ويصير الغلام لصاحب الجارية، وعلى غاصب الجارية قيمة الجارية لمولاها؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو أذن كل واحد من المالكين في الابتداء بأن قال صاحب الغلام للذي غصبه: اشتر جارية فلان بغلامي هذا، وقال صاحب الجارية لغاصبها: اشتر غلام فلان بجاريتي هذه؛ كان الجواب كذلك؛ وهذا لأن كل واحد منهما صار مشترياً ما في يد صاحبه بما في يده بإبقاء ما في يد صاحبه بما في يده، ولا يتوقف في الشراء؛ لأن شراء الفضولي لا يتوقف على الإجازة؛ بل يتوقف على المشتري إنما التوقف في البيع، ولما كان هكذا صار شراء كل واحد منهما واقعاً لنفسه؛ كأن كل واحد منهما قال لغاصبه: اشترِ لنفسك مملوك فلان بمملوكي، وإنما احتيج إلى الإجازة لنفاذ البيع، فانعقد تصرف كل واحد منهما على أن يد الملك للمشتري في المشترى، ولكن عند إجازة المالك وصار كل واحد منهما مستقرضاً ما غصب حتى يكون البدل على من ثبت له الملك في المبدل.

واستقراض الحيوان، وإن كان لا يجوز إلا أنه إنما لا يجوز إذا حصل قصداً، وههنا حصل في ضمن الشراء، وإنه تصرف مشروع قطعاً فصار هو مشروعاً بشرعيته أيضاً، ولما صار كل واحد منهما مستقرضاً ما غصب والمستقرض فيما ليس من ذوات الأمثال مضمون بالقيمة ووجب على كل واحد من الغاصبين قيمة ما غصب؛ لهذا.

قال فيه أيضاً: رجل غصب من آخر مائة دينار، وغصب آخر من ذلك الرجل ألف درهم، ثم تبايع الغاصب الدنانير بالدراهم، وتقابضا، ثم تفرقا، ثم حضر المالك فأجازه جاز.

فرق بين هذا، وبين الوجه الأول، والفرق: وهو أن ههنا العقد ما وقع على الدراهم، والدنانير بأعيانهما لما عرف من أصلنا: أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في

عقود المعاوضات، وإنما وقع العقد على مثلهما ديناً في الذمة، فلم يقع العقد على ما لا عين لمالك واحد، فيقع البيع بلا توقف.

ألا ترى أنه لو لم يجز واحد، ولم يتفرقا حتى نقد كل واحد من ماله يجوز، ولا يفسد العقد، وهذا دليل على أن العقد إنما وقع على مثلهما ديناً في الذمة؛ إلا أن كل واحد منهما صار قاضياً ما وجب في ذمته [٢/١٢٥] بما غصب فإذا أجازه صار معرضاً، فيلزمه ضمانه بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك العقد وقع على العرضين بأعيانهما؛ لأن العرض يتعين في عقد المعاوضة، فإذا كانا لشخص واحد لم ينعقد العقد على ما مر، والفلوس في هذا نظير الدراهم، والدنانير؛ لأنهما لا تتعين بخلاف العرض.

وقال فيه أيضاً: رجل غصب من آخر جارية، وغصب رجل آخر من المغصوب منه مائة دينار، فباع غاصب الجارية من غاصب الدنانير الجارية بتلك الدنانير، فبلغ المالك فأجازه صح؛ لأن الجارية وإن تعينت في العقد؛ إلا أن الدينار لم يتعين، فلم يقع العقد على مالين لأحد؛ بل وقع على جارية مغصوبة بدنانير في الذمة، فإذا أجازه صحت الإجازة في حق البيع؛ لأن البيع قد توقف، فإذا لحقته الإجازة صح.

وأما نقد الدينار، فلا يصح إما إن كان العقد قبل الإجازة أو بعد الإجازة فإن كان قبل الإجازة عملت الإجازة فيه إذا علم المغصوب منه بأنه نقد من ماله، ويصير هو مقرضاً الدينار من مشتري الجارية، فإن المنقود قائم في يد غاصب الجارية، فهو للمجيز وهو المغصوب منه، وإن هلك في يد غاصب الجارية لا ضمان عليه؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، فظهر أنه حين قبض الثمن، كان وكيلاً ببيع الجارية؛ أميناً في ثمنها، وهلاك المال في يد الأمين لا يوجب عليه ضماناً.

وإن كان النقد بعد الإجازة، فإن لصاحب المال أخذ ماله؛ إن وجده فيبطل النقد، ويلزم المشتري ثمن آخر؛ لأن الإجازة إذا حصلت قبل النقد، فليس ذلك بإذن في النقد؛ لأن النقد لم يكن موجوداً وقت الإجازة، ولا يدري أنه ينقد الدنانير المغصوبة، أو غير ذلك، فلم تعمل الإجازة في حق النقد، وحصل نقد الدنانير بغير إذن صاحبها، فكان له حق القبض إن وجدها قائمة، وإن وجدها هالكة فله الخيار؛ إن شاء ضمن بائع الجارية لكونه غاصب الغاصب، وإن شاء ضمن مشتري الجارية لكونه غاصباً، فإن ضمن المشتري ظهر أنه ملك الدنانير من وقت الغصب السابق، وأنه نقد ملك نفسه، فصح التسليم إلى بائع الجارية، وصار بائع الجارية أميناً في قبض الزيادة وإن اختار تضمين البائع رجع البائع على المشتري؛ لأن ما قبض البائع لم يسلم هنا لما استحق عليه عوضه، فاستوجب الرجوع به على المشتري؛ كما لو كانت الدنانير قائمة بأعيانها، فأخذت من يده، فإذا رجع بها سلم ذلك للبائع.

وطعن عيسى بن أبان في هذا فقال: ينبغي أن يردها على المغصوب منه؛ لأن القبض الأول كان موقوفاً، فلما ضمن المغصوب منه البائع، وقبض البدل بمنزلة قبض المبدل؛ بطل القبض الأول، وصار الثمن هو الثاني الذي يقبضه البائع من المشتري،

فينبغي أن لا يسلم للبائع كما لو أخذ العين من يده، ثم رجع على المشتري.

والجواب عن هذا: أن يقال المغصوب منه لما ضمن البائع، ورجع البائع على المشتري صار قرار الضمان على المشتري، وظهر أنه كان مالكاً لما نقد؛ إذ الملك في المضمون؛ إنما يثبت لمن كان قرار الضمان عليه، وظهر أن البائع صار وكيلاً، وأن له حق الرجوع على الموكل بما ضمن؛ لأنه أمينه، وما رجع به البائع على المشتري مال الموكل، فقد ظفر بجنس حقه، فيستوفي بحقه على ما عرف.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل غصب عبداً، فباعه من رجل بخمسمائة إلى سنة، والعبد معروف للمغصوب منه، فقال المغصوب منه للغاصب: إنك قد اشتريت مني هذا العبد بألف درهم حالة وقبضته مني، ثم بعته من هذا الرجل بخمسمائة درهم إلى سنة، وقال الغاصب: ما اشتريته منك قط، ولكنك أمرتني فبعته منه بخمسمائة إلى سنة بأمرك فالعبد قائم عند المشتري، فالعبد سالم للمشتري؛ لأنهم اتفقوا على صحة شرائه ولا ضمان على الغاصب بسبب الغصب؛ لأن تعذر الرد على المالك كان لمعنى من جهته، وهو إقراره بالبيع من الغاصب، ويستحلف الغاصب بالله ما اشتريته؛ لأن المغصوب منه يدعي عليه الثمن بسبب صحيح، وهو ينكر، فإن حلف لا شيء عليه وإن نكل كان عليه الثمن الذي ادعاه المغصوب منه، وإن كان العبد قد مات عند المشتري، وباقي المسألة بحالها؛ فههنا يحلف كل واحد منهما، وعلى دعوى صاحبه أما يحلف الغاصب فلما مرَّ، وأما يحلف المالك بخلاف الفصل الأول.

والفرق وهو: أن الغاصب لا يدعي على المغصوب منه في الفصلين جميعاً إلا الوكالة، إلا أن الوكالة في هذه المسألة حق يلزم المغصوب منه؛ لأن في دعوى الوكالة في هذا الفصل دعوى البراءة عن ضمان القيمة؛ لأن تعذر الرد على المغصوب منه ههنا ما كان لمعنى من جهته، وهو إقراره بالبيع، وإنما كان لأجل الموت، فإن تسبب موت العبد بعجز الغاصب عن الرد على المغصوب منه؛ سواء سبق من المولى الإقرار بالبيع، أو لم يسبق، فكان ضمان القيمة واجباً على الغاصب، فكان بدعوى الوكالة على المالك مدعياً إبراءه نفسه عن ضمان القيمة، والمالك ينكر، فيحلف؛ أما في الفصل الأول دعوى الوكالة لا تلزم المغصوب منه شيئاً؛ لأن ضمان القيمة هناك غير واجب على الغاصب، على ما مر، فلهذا لا يحلف المغصوب منه ثمة؛ أما ههنا بخلافه على ما مر، فإن كان الغاصب وهب هذا العبد من رجل، وسلمه إليه، ثم ادعى أنه فعل ذلك بأمر المغصوب منه، وقال المغصوب منه: بعته منك بألف، ثم وهبته، فهو على التفاصيل التي قلنا في البيع.

ولو كان الغاصب ضرب العبد، فقتله، ثم قال الغاصب: ضربت بأمر المالك، وقال صاحب العبد: لا بل بعته منك فضربت ملك نفسك؛ يحلف الغاصب أولاً، فإن نكل لزمه الثمن، وإن حلف لزمته القيمة لتعذر الرد لمعنى من جهة الغاصب؛ ثم يحلف المالك، فإن نكل بطلت القيمة، وإن حلف، فله قيمته على الغاصب، وهو نظير الهلاك فيما تقدم.

وقال فيه أيضاً: رجل أقر أنه قطع يد عبد رجل خطأ، وكذبته عاقلته في ذلك؛ يعني أن عاقلة المقر كذبت المقر في إقراره، ثم غصبه رجل من مولاه، فمات عنده، فالمولى بالخيار؛ إن شاء ضمن الجاني قيمته في ماله في ثلاث سنين، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته أقطع، في ماله حالاً، وضمن الجاني أرش يده، وهو نصف قيمته في ماله، فإن ضمن الجاني قيمته بإقراره، فإنه يرجع الجاني على الغاصب بقيمة العبد أقطع في ماله؛ علل في «الكتاب» فقال: لأن العبد صار للقاطع بجنايته، وهذا دليل على أن [١٢٥ب/ ٢] ضمان الدم يوجب الملك في المضمون.

ووجه ذلك: وهو أن سبب الضمان هو القطع السابق فيستند الضمان إليه، فثبت الملك من ذلك الوقت، وفي تلك الحالة هو قابل للملك كما في ضمان الغصب، فإنه لا يتقرر إلا عند الهلاك؛ ذلك لما كان عند الغصب السابق أسند إليه، ووقع الملك في المضمون؛ كذا ههنا، ومن المحققين من أصحابنا من قال: لا بل ضمان القتل لا يوجب الملك للضامن في المقتول؛ لأن ضمان القتل يجب مقصوراً على وقت القتل، والقطع السابق إنما يصير قتلاً وقت السراية، فيجب الضمان مقصوراً على حالة القتل، وفي حالة القتل هو غير قابل للملك لكن إن تعذر إثبات الملك في ذاته، أمكن إثباته في بدله وهو الضمان الذي على الغاصب كما قلنا في المدبر إذا غصبه من غاصبة، واختار المولى تضمين الأول؛ كان للأول أن يضمن الثاني، وإن لم يملك الأول بالمدبر بأداء الضمان لكن قبل السبب، وإن لم يعمل في حق المدبر لمكان التعذر، يحل في حق بدله، وهو الضمان الواجب على الغاصب؛ كذا ههنا، ثم أوجب الضمان على الجاني ههنا في ماله؛ لأنه وجب بإقراره، والإقرار حجة قاصرة، وإن كانت الجناية ثابتة بالبينة فهذا وما لو ثبتت الجناية بإقرار الجاني سواء، إلا في فعل واحد، وهو أن ما يجب على الجاني في فصل الإقرار يجب على عاقلته في فصل البينة؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة، فثبتت الجناية في حق العاقلة؛ كما ثبتت في حق غيرها.

رجل غصب من آخر شيئاً وغيبه، فطلب المغصوب منه من القاضي تضمينه؛ ذكر في بعض الكتب أن القاضي يتلوم في ذلك يومين أو ثلاثة رجاء أن يظهر ولا يقضي بالقيمة في الحال.

وذكر في «السير الكبير»: في باب ما لم يبطل فيه سهم الفارس أن القاضي يقضي بالقيمة قبل التلوم؛ قال شيخ الإسلام في شرح «السير»: ما ذكر في «السير» جواب الجواز يعني لو قضى بالقيمة قبل التلوم يجوز، وما ذكر في بعض الكتب جواب الأولوية؛ يعني الأولى أن يتلوم القاضي، ثم يقضي بالقيمة، والله أعلم بالصواب.

وقد تم كتاب الغصب من المحيط بحمد الله تعالى.

كتاب الوديعة

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول:

١ - في بيان ركن الإيداع، وشرطه، وما يكون إيداعاً بدون اللفظ

٢ - في حفظ الوديعة بيد الغير

٣ - فيما يكون تضييعاً للوديعة، وما لا يكون، وما يضمن به المودع، وما لا يضمن

٤ - في تجهيل الوديعة

٥ - في طلب الوديعة، والأمر بالدفع إلى الغير

٦ - في رد الوديعة

٧ - فيما إذا كان صاحب الوديعة أو المستودع غير واحد

٨ - في الاختلاف الواقع في الوديعة، والشهادة فيها

٩ - في المتفرقات

الفصل الأول
في بيان ركن الإيداع، وشرطه، وما يكون إيداعاً بدون اللفظ

قال مشايخنا: ركن الإيداع في حق صيرورة العين أمانة عند الغير قول المالك: أودعتك هذا العين. حتى لو قال هذا الغاصب صار العين أمانة عنده، وإن لم يقبل: حتى لو هلك بعد ذلك عنده من غير صنعه لا ضمان عليه، وفي حق وجوب الحفظ على المودع الركن هو الإيجاب، والقبول؛ وهذا لأن صيرورة العين أمانة عند الغير تلزم الملك، فيتم به وحده، فأما وجوب الحفظ حكم يلزم المودع، فلا بد من قبوله، وشرطه كون العين ماثلاً لإثبات اليد عليه؛ لأن الإيداع عقد استحفاظ، وحفظ الشيء لا يتأتى إلا بعد إثبات اليد عليه؛ ألا ترى أن إيداع الآبق، وإيداع الطير الذي في الهواء لا يصح، وإنما لا يصح لأنه لا يتهيأ للمودع إثبات اليد على هذه الأشياء.

في «المنتقى»: رجل في يديه ثوب قال له رجل: أعطني هذا الثوب، فأعطاه؛ كان هذا على الوديعة؛ لأن الإعطاء جهات فعند الإطلاق يحمل على أقلها، وهو الوديعة، وذكر في كتاب الهبة من «المنتقى» أن قوله: أعطني أعطيتك على الهبة، رجل جاء بثوب إلى رجل، وقال: هذا الثوب وديعة، ولم يقل الآخر شيئاً بل سكت ثم غاب صاحب الثوب، ثم غاب الآخر بعده وترك الثوب هناك، وضاع الثوب هناك، وضاع الثوب، فهو ضامن؛ لأنه قبل دلالة، وكذلك إذا جاء بالثوب ووضع بين يديه، ولم يقل شيئاً؛ وباقي المسألة بحالها، فهو ضامن؛ لأن صاحب الثوب أودع دلالة، وذلك الرجل قبل دلالة، ولو قال الآخر: أنا لا أقبل الوديعة، وباقي المسألة بحالها، فلا ضمان؛ لأن الدلالة إنما تعتبر إذا لم يوجد الصريح بخلافها.

في «فتاوى أهل سمرقند»: رجل دخل بدابته خاناً، وقال لصاحب الخان: أين أربطها؟ فقال: هناك، فربطها، وذهب، ثم رجع، فلم يجد دابته، فقال صاحب الخان: إن صاحبك أخرج الدابة ليسقيها، ولم يكن له صاحب، فصاحب الخان ضامن؛ لأن قول صاحب الدابة لصاحب الخان أين أربطها استحفاظ، وقول صاحب الخان: هناك؛ إجابة إلى الحفظ، فصار مودعاً، فيصير ضامناً بالتضييع.

وكذلك إذا دخل رجل الحمام، وقال لصاحب الحمام أين أضع الثياب؟ فقال صاحب الحمام: ثمة، فوضع، ودخل الحمام، ثم خرج رجل آخر، وأخذ ثيابه، وذهب، فصاحب الحمام ضامن لما قلنا، وإن وضع الثياب بمرأى عين صاحب الحمام، ولم يقل شيئاً، وباقي المسألة بحالها، فهذا على وجهين؛ إما أن لا يكون للحمام ثيابي وهو الذي يقال بالفارسية «جانيه دار» أو يكون «له ثيابي وهو حاضر»، ففي الوجه الأول الضمان على صاحب الحمام، والحالة هذه استحفاظ لصاحب الحمام، ودلالة وفي الوجه الثاني الضمان على الثيابي دون صاحب الحمام؛ لأن هذا استحفاظ للثيابي دلالة فيضمن الثياب

ما يضمن المودع إلا إذا نص على استحفاظ صاحب الحمام بأن قال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب فحينئذٍ يجب الضمان على صاحب الحمام، وإن كان له ثيابي، وهو حاضر، هذه الجملة في الباب الأول في وديعة «الواقعات».

وفي غصب «فتاوى أبي الليث»: رجل دخل الحمام، ووضع ثيابه مرأى عين صاحب الحمام ثم خرج، فوجد صاحب الحمام نائماً، وقد سرق ثيابه، فإن نام قاعداً، فلا ضمان، وإن وضع جثته على الأرض، فهو ضامن؛ لأن هذا مودع ترك الحفظ في الوجه الثاني، وفي الوجه الأول لم يترك.

وفيه أيضاً: رجل من أهل المجلس قام وترك كتابه فيه، فذهبوا جملة، وتركوا الكتاب، فضاع الكتاب فالكل ضامنون، [١٢٦أ/ ٢] وإن قام واحد بعد واحد، فالضمان على آخرهم؛ لأن في الوجه الأول الكل حافظون، وفي الوجه الثاني تعين الأخير حافظاً؛ كمن باع قفيز حنطة من قفيزين ثم هلك قفيز يتعين القفيز الباقي.

الفصل الثاني
في حفظ الوديعة بيد الغير

إذا دفع الوديعة إلى بعض من في عياله نحو المرأة والابن الكبير الذي هو في عياله، والأب إذا كان في عياله، والأجير، فهلكت لم يضمن استحساناً؛ لأن الدفع إلى هؤلاء حصل بإذن صاحب الوديعة دلالة.

بيانه: أنه لا بد للمودع من الخروج عن منزله لإقامة مصالحه، ولا يمكنه إخراج الوديعة مع نفسه، فتركها في منزله، فإذا تركها في منزله فقد صارت في يد من هو في عياله، فكان صاحب الوديعة راضياً بيد من في عياله من هذا الوجه، فهو معنى قولنا الدفع إلى هؤلاء حصل بإذن صاحب الوديعة.

والمراد من الأجير المذكور في «الكتاب» الأجير الخاص الذي استأجره مشاهرة، أو مشافهة، ويسكن معه.

أما الأجير لعمل من الأعمال والذي يجري عليه نفقته كل شهر، ولا يسكن معه، ويقال بالفارسية: «إجراء أخوار»، فهو وسائر الأجانب سواء فيضمن بالدفع إليه.

فأما الابن الكبير إذا لم يكن في عياله، والأب أو الأم إذا لم تكن في عياله، فدفع إليه ضمن، والابن الصغير إذا لم يكن في عياله فدفع إليه لا يضمن؛ لأن تدبيره إلى الأب، وإن لم يكن في عياله، ولكن يشترط أن يكون الصغير قادراً على الحفظ.

وفي حق الزوجة لا يشترط المساكنة والنفقة، حتى أن المرأة إذا كانت تسكن في محلة، والزوج يسكن في محلة أخرى، ولا ينفق عليها، فدفع الوديعة إليها، فلا ضمان، والزوجة في حق هذا الحكم بمنزلة الابن الصغير للمعنى الذي ذكرنا، ولو دفعت المرأة الوديعة إلى زوجها فلا ضمان، وإن لم يكن الزوج في عيالها؛ لأنه يسكن معها.

والعبرة في هذا الباب للمساكنة إلا في حق الزوجة والولد الصغير، للمعنى الذي ذكرنا في المسألة المتقدمة؛ لا للنفقة؛ ألا ترى أنه إذا دفع الوديعة إلى ابنه الكبير الذي يسكن معه، ويترك المنزل عليه، فإنه لا يضمن، وإن لم يكن الابن في نفقته.

ولو كان له امرأتان، ولكل واحدة منهما ابن من غيره يسكن معها، فهما في عياله لا يضمن بدفع الوديعة إلى ابنيهما، وإذا دفع الوديعة إلى من ليس في عياله؛ إن كان الدفع لضرورة بأن احترق بيت المودع فأخرجها من بيته، ودفعها إلى جاره، فلا ضمان عليه في هذا، وما يشبه هذا استحساناً.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح: إذا وقع في بيت المودع حريق، فإن أمكنه أن يناولها من في عياله، فناولها أجنبياً ضمن، وإن كان لا يجد بداً من الدفع إلى الأجنبي لا يضمن.

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح أيضاً: الحريق إذا كان غالباً، وقد أحاط منزل المودع إذا تناول الوديعة جاز أنه لا يضمن استحساناً، وإن لم يكن أحاط بمنزل المودع ضمن هذا إذا كان الدفع لضرورة، وإن كان الدفع لغير ضرورة، فهلك في يد الثاني؛ إن هلك قبل أن يفارق الأول الثاني، فلا ضمان على أحد بلا خلاف، وإن هلك بعدما فارقه الأول، فالأول يضمن بلا خلاف، وأما الثاني ففيه خلاف على قولهما، وعلى قول أبي حنيفة لا يضمن؛ لأن بهذا الدفع صار المال أمانة في يد الثاني؛ لأن للأول أن يحفظ الوديعة بيد الثاني بحضرته، ولهذا لو هلكت في يد الثاني قبل أن يفارقه الأول؛ لا ضمان على واحد منهما، فهو معنى قولنا: إن المال حصل أمانة في يد الثاني، والأمانة لا تضمن بدون التعدي، ولم يوجد من الثاني التعدي، إنما وجد من الأول حيث فارقه.

فإن ادعى المودع الضرورة بأن ادعى أنه وقع الحريق في بيته؛ ذكر «القدوري»: أنه لا يصدق إلا ببينته في قول أبي يوسف، وهو قياس قول أبي حنيفة.

وذكر في «المنتقى»: أنه إن علم أنه قد احترق بيته قبل قوله، وإن لم يعلم لا يقبل قوله إلا ببينته، وفي «**القدوري**» يقول: إذا حفظ الوديعة في حرز ليس فيه ماله يضمن، والمراد منه حرز غيره؛ لأن الحرز في يد ذلك الغير، فصار الوضع في الحرز كالتسليم إلى ذلك الغير؛ أما إذا استأجر حرزاً لنفسه، وحفظ فيه لم يضمن، وإن لم يكن فيه ماله؛ لأنه بمنزلة بيته.

وسئل نجم الدين: عن خفَّافٍ خرج إلى القرى للاكتساب، فأعطاه رجل خفاً ليصلحه، فوضعه مع رحله في داره، ودخل البلدة، فسرق الخف، قال: إن كان اتخذ داراً ليسكن بأي وجه كان فلا ضمان، وإن كان وضعه في دار رجل لا يسكن هو معه في تلك الدار فهو ضامن؛ لأنه أودع الأمانة أجنبياً من غير ضرورة.

وإذا كان عند امرأة وديعة حضرتها الوفاة فدفعتها إلى جارة لها، فهلكت عندها، فإن لم يكن وقت وفاتها بحضرتها أحد من عيالها فلا ضمان؛ لأنها دفعت الوديعة إلى الأجنبية لضرورة.

في «فتاوى أبي الليث» وفي هذا الموضع أيضاً: إذا أجر المودع شيئاً من داره من إنسان، ودفع الوديعة إلى هذا المستأجر، فهذا على وجهين: أما إن كان لكل واحد منهما أعني الآجر والمستأجر غلق على حدة، وفي هذا الوجه عليه الضمان؛ لأنه ليس في عياله، ولا بمنزلة من في عياله، وإن لم يكن لكل واحد منهما غلق على حدة، وكل واحد منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة فلا ضمان؛ لأنه بمنزلة من في عياله.

وفي هذا الموضع أيضاً: رجل غاب وخلف امرأة، وفي منزله الذي فيه ودائع الناس، ثم رجع وطلب الوديعة، فلم يجدها، فإن كانت المرأة أمينة فلا ضمان على الزوج، وإن كانت غير أمينة، وعلم الزوج بذلك، مع هذا ترك الوديعة فهو ضامن، وعن هذه المسألة قالوا: «ثم بان ثم خونست» فذهب الغلام بودائع الناس، «فالتواكه يتم بأن ضامن شرد» علم أن غلامه سارق، وليس بأمين.

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا أودع رجل رجلاً ألف درهم، وقال له: أخبئها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر من داره تلك لا يضمن استحساناً؛ لأنه إنما يراعى من الشروط ما يفيد، وهذا الشرط لا يفيد.

ألا ترى أنه لو قال له: أخبئها في هذا الصندوق الذي في بيتك، فخبأها في صندوق آخر في بيته فضاع لا ضمان، وإن قال: أخبئها في هذه الدار، فخبأها في دار أخرى في محلة أخرى، أو في تلك المحلة، فهو ضامن، وإن كانت الثانية أحرز من الأولى هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الوديعة وذلك إذا قال: أخبئها في هذه الدار، ولا تخبئها في الدار الأخرى، وفي «شرح الطحاوي» إذا كانت الدار التي خبأها فيها في الحرز على السواء [١٢٦ب/ ٢] أو كانت هي أحرز، فلا ضمان عليه سواء نهاه عن الخباء فيها أو لم يفعل.

وفي «نوادر هشام» عن محمد؛ إن كانت الدار الثانية أحرز فلا ضمان، ولم يذكر محمد في مسألة البيتين ما إذا قال: أخبئها في هذا البيت، ولا تخبئها في هذا البيت، فخبأها في هذا البيت المنهي عنه، وذكر شيخ الإسلام في كتاب الوكالة في باب وكالة الصبي أنه يضمن، وفي «شرح الطحاوي:» إن كان البيت الآخر أحرز من المنهي عنه يضمن، وما لا فلا، والجواب في المصرين نظير الجواب في الدارين.

إذا قال للمودع: احفظ الوديعة بيدك، فلا تضعها ليلاً ولا نهاراً، فوضعها وهلكت، فلا ضمان، وإن كان هذا شرطاً مفيداً؛ لأنه لا يمكن اعتباره إذا قال له: احفظ في هذا المصر، أو قال له: لا تخرجها عن هذا المصر، فسافر بها؛ إن كان سفراً له منه بد ضمن، وإن كان سفراً لا بد له منه؛ إن أمكنه حفظ الوديعة في المصر الذي أمر بالحفظ فيها مع السفر بأن كان ترك عبداً له في المصر المأمور به، أو بعض من في عياله، فإذا سافر بها والحالة هذه ضمن؛ لأنه خالف شرطاً مفيداً من غير عذر، وإن لم يمكنه ذلك فسافر، فلا ضمان؛ هذا إذا عين عليه مكان الحفظ، وإن لم يعين عليه مكان الحفظ، ولم ينهه عن الإخراج عن المصر؛ بل أمره بالحفظ مطلقاً، فسافر بها؛ إن كان الطريق مخوفاً يضمن بالإجماع.

وإن كان الطريق أميناً إن كانت الوديعة شيئاً لا حمل لها ولا مؤنة فلا ضمان؛ لأن الطريق إذا كان آمناً كان صالحاً للحفظ فيه قد حفظ الوديعة في مكان صالح للحفظ، والأمر بالحفظ مطلق، فيدخل هذا النوع من الحفظ تحته.

فإذا كانت الوديعة شيئاً له حمل ومؤنة، إن كان لا بد له من المسافرة بها، بأن كان عجز عن الحفظ في المصر الذي أودعه فيه، فإنه لا يضمن عندهم جميعاً، فأما إذا كان له بد من المسافرة بها، فعلى قول أبي حنيفة: لا ضمان؛ قربت المسافة أو بعدت، وعند محمد يضمن قربت المسافة أو بعدت؛ لأن الأمر بالحفظ يقبل بمكان الوديعة عرفاً وعادة إذا كانت الوديعة شيئاً لها حمل ومؤنة حتى لا يلزم صاحب الوديعة الحمل والمؤنة، وعلى قول أبي يوسف: إن قربت المسافة فلا ضمان، وإن بعدت فهو ضامن.

وإذا دفع الرجل إلى غيره وديعة، وقال له: لا تدفعها إلى امرأتك، فإني أتهمها، أو قال: إلى ابنك، أو قال: إلى عبدك، وما أشبه ذلك، فدفع إليه، فإن كان لا يجد المودع بداً من الدفع إليه بأن لم يكن عيال سواه؛ لم يضمن بالدفع إليه، وإن كان يجد بداً منه فهو ضامن؛ لأنه خالف شرطاً مفيداً؛ لأن من في عياله قد يتفاوتون في الحفظ، ولا ضرورة له في ذلك.

المودع إذا وضع الوديعة في حانوته، فقال صاحبها: لا تضعها في الحانوت، فإنه مخوف، فتركها فيه حتى سرق ليلاً، فهذا على وجهين إن لم يكن له موضع آخر أحرز من الحانوت لا يضمن، وإن كان له موضع آخر أحرز من الحانوت فهو ضامن إذا كان قادراً على الملك.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل دفع إلى رجل مرّاً وقال: اسق به أرضي، ولا تسقِ أرض غيري، فسقى الرجل أرض الآمر، ثم سقى أرض غيره، فضاع المرّ، فهذا على وجهين: إما إن ضاع قبل أن يفرغ من السقي الثاني، أو بعدما فرغ، ففي الوجه الأول يضمن؛ لأنه مودع مخالف، وفي الوجه الثاني لا؛ لأن الساقي أجير أو معين، وكيف ما كان فالمر غير مستأجر ولا مستعار، فإنما هو وديعة، فإذا سقى به أرض غيره، وصار مخالفاً، فإذا هلك قبل أن يفرغ من السقي، فقد هلك في حالة الخلاف، وإذا ترك الاستعمال عاد إلى الوفاق، فيخرج عن الضمان، وحكم الرهن كالوديعة، هذه الجملة في «فتاوى الفضلي».

وسئل أبو بكر عن أكار لإمرأة قالت له: لا تطرح أنزالي في منزلك، وهو يطرح في منزله في جناية، فهرب من منزله، فرفع السلطان ما كان في منزله؛ قال: إن كان منزله قريباً من موضع البيدر فلا ضمان عليه؛ لأن حجرها ليس بمعتبر؛ لأن حفظ الكدس وتحصينها كان على الأكار، وقد طرحها في موضع أحسن من البيدر، وأخف مؤنة، فلا يكون ضامناً.

سئل الفقيه أبو بكر: إذا قال المضيع[1] للتاجر: ضعها في هذا العدل وأشار إليها،

(١) المضيع: كذا بالأصل، ولعلها: «المودع»، والله أعلم.

فوضعها في الحقيبة؛ قال: لا يضمن وضع الكتاب في يد متوسط، وأمره بأن يسلم الصك إلى غريمه؛ إن دفع الدراهم إليه قبل مضي ثلاثة أشهر، فلم يدفع إليه إلا بعد مضي سنة فجاء الطالب يريد أن يسترد الصك منه؛ قال: إن علم إيفاء حقه قبل المدة أو بعدها؛ يدفع المتوسط الصك إلى المطلوب دون الطالب.

وقال محمد رحمه الله: في ثلاثة نفر أودعوا رجلاً مالاً، وقالوا: لا تدفع إلى أحد منا حتى نجتمع، فدفع نصيب واحد منهم إليه، قال: ضمن قياساً وبه أخذ أبو حنيفة رضي الله عنهم، ولم يضمن استحساناً، وبه أخذ أبو يوسف رحمه الله.

الفصل الثالث
فيما يكون تضييعاً للوديعة، وما لا يكون، وما يضمن به المودع، وما لا يضمن

إذا قال المودع: سقطت الوديعة مني أو قال بالفارسية: «بينتاد ازمز» لا يضمن، ولو قال: أسقطت، أو قال بالفارسية: «بيكندم» يضمن؛ هكذا ذكر الفقيه أبو الليث في «فتاويه»، وينبغي أن لا يضمن بمجرد قوله: «بيكندم»، أو أسقطت؛ لأن نفس الإسقاط ليس يصلح موجباً للضمان.

ألا ترى أنه لو سقط ثم رفع، أو لم يرفع، ولكن لم يبرح عن ذلك المكان لا يضمن؛ إنما يضمن بالإسقاط، والذهاب عن ذلك الموضع والترك هناك والإسقاط في موضع يضيع كما في الماء، ونحو ذلك يكون ذلك تضييعاً، والذي يؤيد هذا الإشكال أن المودع إذا دفع الوديعة إلى من ليس في عياله، وهلكت الوديعة في يد الثاني قبل أن يفارقه الأول، فإنه لا يضمن الأول بلا خلاف، وإنما يجب عليه الضمان؛ لأن مجرد الإيداع ليس بتضييع، وإنما التضييع الذهاب وترك الحفظ، ولم يوجد بعد. والذي يؤيده أيضاً ما ذكر في «المنتقى»: إذا قال الرجل لقوم: اشهدوا أن فلاناً أودعني كذا وكذا، وإني قد بعت ذلك، وقبضت ثمنه، أو قال له المودع: ما فعلت بوديعتي؟ فقال: بعتها، وقبضت الثمن؛ لا يضمن بذلك ما لم يقل: دفعتها؛ لأن مجرد البيع ليس سبباً للضمان، فكذلك في مسألتنا ينبغي أن لا يجب الضمان بمجرد قوله أسقطت، بل يشترط مع ذلك أن يقول: أسقطت وتركت، أو يقول: أسقطت وذهبت، أو يقول: أسقطت في الماء، أو ما أشبه ذلك.

وفي «فتاوى أبي الليث»: سوقي قام من حانوته إلى الصلاة، وفي حانوته ودائع، فضاع شيء منها لا ضمان عليه؛ لأنه غير مضيع لما في حانوته؛ لأن جيرانه يحفظون هذا إيداعاً من الجيران؛ ليقال: ليس للمودع أن يودع؛ لكن بهذا مودع لم يضيع، وذكر الصدر الشهيد في آخر كتاب الغصب مسألة تدل على الضمان هٰهنا فتأمل عند الفتوى.

وفي «فتاوى أبي الليث» ولو أن المودع [١٢٧أ/ ٢] قال: وضعت الوديعة من يدي،

فقمت ونسيتها فضاعت يضمن؛ لأن نسيانه تضييع، ولو قال: وضعت بين يدي في داري والمسألة بحالها ينظر؛ إن كان مالاً لا يحفظ في عرصة الدار، وعرصة الدار لا تعد حرزاً له كصرة الذهب ونحوه، فكذلك. ولو قال: دفنت في داري، أو في كرمي، ونسيت موضعها؛ لم يضمن إذا كان للدار والكرم باب؛ لأنه ليس بمضيع، وإن قال: دفنت في موضع آخر ونسيت مكانها يضمن؛ لأنه تضييع، وكذلك تبين مكان الدفن؛ لكن سرقت الوديعة من المكان المدفون فيه، وإن كان للدار والكرم باب لم يضمن، وإن لم يكن لها باب يضمن.

وفي أول هذا الكتاب إذا وضع الوديعة في مكان حصين فنسي اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يضمن، وقال بعضهم: لا يضمن؛ قال الصدر الشهيد: والمختار أنه إذا قال: وضعت في داري، فنسيت المكان لا يضمن؛ لأن له أن يضع في داره، وإن قال: لا أدري وضعت في داري أو في موضع آخر يضمن؛ لأنه لا يدري أنه وضع في موضع له ولاية الوضع، وقد قيل: إذا كانت الوديعة مدفونة في الدار، وفي الكرم لا يشترط أن يكون لهما باب.

ألا ترى أنه لو سرق المدفون في المغارة يقطع، وإذا لم تكن مدفونة لكن كانت موضوعة؛ إن كانت موضوعة في موضع لا يدخل فيه عليه أحد إلا باستئذان؛ لا يضمن وإن لم يكن له باب.

المودع إذا وضع الوديعة في الجبانة، فسرقت الوديعة ضمن؛ لأنه ضيعها، فإن توجهت السراق نحو المودع، فدفن الوديعة في الجبانة حتى لا تؤخذ من يده، وفر من خوفهم، ثم جاء فلم يظفر بالمكان الذي دفن الوديعة فيه؛ إن أمكنه أن يجعل له علامة، فلم يفعل ضمن، وإن لم يمكنه أن يجعل لذلك علامة، وأمكنه العود بأقرب الأوقات بعد زوال الخوف، فلم يعد وأخرّ ثم جاء فلم يجد الوديعة كان ضامناً، وإن كان رب الوديعة معه يذهبان جملة، فلما تواجد السراق قال له رب الوديعة: ادفنها فدفنها، ثم ذهب السراق، وذهبوا أيضاً بعد ذلك، أو ذهبوا أولاً ثم ذهب السراق، ثم حضروا، فلم يجدوا المدفون؛ لا شك أن المودع لا يكون ضامناً في هذه الصور حيث دفن بأمر المالك.

وأما إذا كان المودع وحده، والمسألة بحالها فالجواب فيه على التفصيل؛ إن ذهب السراق أولاً وتمكن المودع من دفع الوديعة فلم يدفع، وترك ثمة مع الإمكان، فهو ضامن، وأما إذا مكث االسراق ثمة، ولم يمكنه الفرار ثمة، فذهب ثم جاء فلم يجد، فهذا على وجهين: إن جاء على فور ما أمكنه، وزال الخوف فلم يجد لا يكون ضامناً، وإن أخرّ مع الإمكان كان ضامناً استدلالاً بمسألة ذكرها في كتاب الغصب والضمان.

في «فتاوى أهل سمرقند»: أن السفينة إذا خيف غرقها، فرفعوا بعض الحمولات، ووضعوه في ناحية، فضاع شيء من ذلك؛ إن ضاع قبل زوال الخوف لا يكون الرافع ضامناً، وإن ضاع بعد زوال الخوف كان ضامناً؛ لأنه لما زال الخوف وجب عليه إعادتها إلى السفينة، فحيث أخر وقصر كان ضامناً، كذا ههنا.

الوديعة إذا أفسدتها الفأرة، وقد اطلع المودع على ثقب معروف؛ إن كان أخبر صاحب الوديعة أن ههنا ثقب الفأرة فلا ضمان، وإن لم يخبر بعدما اطلع عليه، ولم يسده ضمن؛ لأنه ضيعها.

وفي «مجموع النوازل»: سئل نجم الدين عمن دفع خفاً إلى خفَّاف ليصلحه، فتركه الخفاف في حانوته، فسرق ليلاً؛ هل يضمن؟ قال: لا إن كان في الحانوت حافظ، أو في السوق حارس، وكان الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين رحمه الله يفتي بعدم الضمان، وإن لم يكن حافظ، ولا حارس، وقد قيل: يعتبر العرف إن كان العرف فيما بين الناس أنهم يتركون الأشياء في الحوانيت من غير حافظ فيها، ومن غير حارس في السوق، فلا ضمان، وإن كان العرف بخلافه يجب الضمان.

وكذلك قيل: لو ترك باب الدكان مفتوحاً وكان في موضع ذلك عرفهم وعادتهم لا ضمان، وفي بخارى أجري العرف بترك باب الدكان مفتوحاً باليوم، وتعليق شيء على باب الدكان نحو الشبكة وأشباه ذلك، والرواية محفوظة فيما ترك الحائك الثوب الذي ينسج بعضه، والغزل في بيت الطراز، ولم يكن هناك حافظ، ولا حارس في السوق أنه لا ضمان على الحائك.

وفي «فتاوى أبي الليث»: المودع إذا وضع الوديعة في الدار، وخرج والباب مفتوح، فجاء سارق ودخل الدار، وسرق الوديعة، فإن لم يكن في الدار أحد في موضع يسمع الحس؛ لأن هذا [١] . . . .

إذا ربط دابة الوديعة على باب داره وتركها ودخل الدار، فضاعت؛ إن كان بحيث يراها، فلا ضمان، وإن كان بحيث لا يراها ضمن؛ إن كان في المصر، وإن كان في القرى فلا ضمان؛ وهذا لأن العادة في حق أهل القرى أن النسوة يجلسن على باب دورهن فيحفظن ما على باب جارهن، فلم يكن مضيعاً، ولا كذلك في الأمصار، وإن ربطها في الكرم أو على رأس الفالة فذهب، فقد قيل: إن غابت عن بصره، فهو ضامن، وإن لم تغب عن بصره، فلا ضمان.

وقد قيل: إذا كان للكرم باب وحيطان فلا ضمان على كل حال، وقد قيل: يعتبر العرف؛ أو قد مر جنس هذا، المودع إذا جعل دراهم الوديعة في خفه، فسقطت عنه قبل أن يجعلها في الخف اليمنى، فهو ضامن، وإن جعلها في الخف اليسرى فلا ضمان، وقيل: لا ضمان على كل حال؛ لأن العادة جرت بجعل الناس أموالهم في خفافهم، ولا يميزون بين اليسرى واليمنى.

وكذلك إذا ربط دراهم الوديعة في طرف كمه، أو جعلها في الأذن أو في طرف العمامة فلا ضمان؛ لأن الناس في عاداتهم يفعلون كذلك بأموالهم، ويعدون ذلك حفظاً، وكذلك لو شد دراهم الوديعة على منديل، ووضع في كمه، فسرق منه فلا ضمان.

---

(١) بياض بالأصل.

في «فتاوى أبي الليث»: وإذا جعل الرجل دراهم الوديعة في جيبه، وحضر مجلس الفسق فسرق منه فلا ضمان؛ لأنه يحفظ ماله هكذا، ذكره في «فتاوى النسفي»، وإن ظن أنه جعلها في جيبه، فإذا هي لم تدخل الجيب، فعليه الضمان.

إذا قال المودع: لا أدري أضيعت الوديعة، أو لم أضيع، يضمن، أو قال: لا أدري أضاعت الوديعة أو لم تضع، فلا ضمان؛ لأن في الوجه الأول لو تحقق ما يزعم يجب الضمان، وفي الوجه الثاني لا يجب.

في «فتاوى أهل سمرقند»: امرأة أودعت صبية من بنات سنة، واشتغلت بشيء فوقعت الصبية في الماء؛ لا ضمان عليها؛ فرق بين هذا وبين الغصب؛ هكذا ذكر المسألة في «فتاوى أبي الليث»، وفي هذا الجواب نوع نظر، وينبغي إن لم تغب عن بصرها فلا ضمان، وإن غابت [١٢٧ب/ ٢] عن بصرها فهي ضامنة.

إذا نام المودع وجعل الوديعة تحت رأسه، أو تحت جنبه فضاع، فلا ضمان عليه، وكذلك إذا وضعه بين يديه، وهو الصحيح، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب السرقة قالوا: إنما لا يجب الضمان في الفصل الثاني إذا نام قاعداً، أما إذا نام مضطجعاً فعليه الضمان، وقد مر شيء من هذا فيما تقدم، وهذا إذا كان في الحضر، أما إذا كان في السفر، فلا ضمان نام قاعداً أو مضطجعاً.

وفي «فتاوى أبي الليث»: سئل أبو القاسم عمن حمل ثياب الوديعة على دابته، فنزل عن دابته في بعض الطريق، ووضع الثياب تحت جنبه، فسرقت الثياب؛ قال: إن أراد به الترفق فهو ضامن، وإن أراد به الحفظ فلا ضمان، وإن كان مكان الثياب كيس فيه دراهم لم يضمن؛ لأنه لم يجعل ذلك بالدراهم إلا للحفظ.

وفيه أيضاً: إذا كانت الوديعة شيئاً يخاف عليه الفساد، وصاحب الوديعة غائب، فإن رفع المودع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه جاز، وهو الأولى، وإن لم يرفع حتى فسد لا ضمان عليه؛ لأن حفظ الوديعة على مقدار ما أمر به.

وفي «الجامع الأصغر:» سئل أبو القاسم عمن عنده وديعة، فرفعها رجل، فلم يمنعه المودع؛ قال: إن أمكنه منعه ودفعه ولم يفعل فهو ضامن، وإن لم يمكنه ذلك لما أنه يخاف من دعاء وضربه فلا ضمان، وذكر شيخ الإسلام في أول وصايا «الجامع:» المودع إذا دل إنساناً على أخذ الوديعة إنما يضمن المودع إذا لم يمنع المدلول من الأخذ حالة الأخذ؛ أما إذا منعه فلا ضمان عليه.

وفي «فتاوى النسفي»: سئل عن مودع ربط سلسلة باب خزانته في الخان بحبل، ولم يقفله، وخرج فسرقت الوديعة؛ قال: إن عد هذا إغفالاً وإهمالاً لا يضمن، وما لا فلا.

وفي «فتاوى الفضلي»: سئل عمن خرج إلى الجمعة، وترك باب حانوته مفتوحاً، وأجلس على باب الدكان ابناً صغيراً، وفي الحانوت ودائع الناس، فسرقت الودائع؛ قال: إن كان الصبي ممن يعقل الحفظ، ويحفظ الأشياء لم يضمن، وإلا فهو ضامن.

وفيه أيضاً: سئل عن مودع غاب عن بيته، فقال له أجنبي: لي في بيتك شيء،

وأخذ منه المفتاح، فلما رجع إلى بيته لم يجد الوديعة؛ قال: لا ضمان عليه، قيل له: بدفع المفتاح إلى الأجنبي لا يصير عاطياً البيت بما فيه في يده. قال: لا.

وسئل أبو جعفر عرفاً في حانوته وديعة رجل أخذ سلطاني الوديعة من حانوته لنائبه ورهنه عند رجل؛ قال: إن كان المرتهن طائعاً في الارتهان فلصاحب الوديعة أن يضمن السلطاني إن شاء، وإن شاء ضمن المرتهن، ولا ضمان على الجابي إن كان لا يقدر على تمنيع السلطاني، وينبني على هذا الجابي الذي يقال بالفارسية: «باي كار» إذا أخذ شيئاً من بيت إنسان رهناً، وهو طائع يضمن، وكذا إذا أخذ الجباية دراهم وهو طائع يضمن، وكذا الصراف إذا كان طائعاً في أخذ الدراهم يضمن، ويصير الجابي والصراف مجروحين في الشهادة.

وسئل نجم الدين: عمن عنده وديعة إنسان، وهي ثياب ملفوفة في لفاف، فوضعها تحت رأس ضيف له بالليل كالوسادة، ثم رمى على صاحبها كان كذا وكذا ثوباً، وقد ذهب بعضها؛ قال: ما لم يثبت أنها كانت كذا وكذا، وقد ضاعت منها كذا تلك الليلة، فوضعها تحت رأس الضيف لا يمكن إيجاب الضمان، وبعدما ثبت ذلك لا يمكن إيجاب الضمان بمجرد الوضع تحت رأس الضيف ما دام المودع حاضراً؛ لأنه إذا كان حاضراً، فهو حافظ لها، وليس بمضيع، فإذا غاب الآن يصير ضامناً؛ لأنه ترك حفظها.

وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل أودع رجلاً زنبيلاً فيه آلات النجارين، ثم جاء واسترده، وادعى أنه كان فيه قدوماً قد ذهب منه، فقال المودع: قبضت منك الزنبيل، ولا أدري ما فيه، فلا ضمان على المودع، ولا يمين عليه أيضاً؛ لأنه لا يدعي عليه صنعاً

وكذلك إذا كان أودع عند رجل دراهم في كيس، ولم يزن على المودع، ثم ادعى أنه أكثر من ذلك، وقال المودع: قد قبضت الكيس، ولا أدري كم كان فيه فلا ضمان عليه، ولا يمين لما قلنا، قيل: وينبغي أن يحلف، فإن محمداً رحمه الله يقول: القول قول الغاصب، والمودع في المقدار مع يمينه.

إذا كانت المرأة تغسل ثياب الناس، فغسلت ثوباً لرجل، وعلقته على حصن سطحها، للتجفيف، فطار الثوب من الجانب الآخر، قيل: هي ضامنة، وقيل على قياس مسألة الطاحونة إذا لم يكن الحصن مرتفعاً تضمن.

في «المنتقى» بشر عن أبي يوسف: إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف؛ إن أقر ثم هلكت لا يضمنها؛ قال: لأن الجحود في هذه الصورة جهة من جهات الحفظ كذا وقع في بعض نسخ «الكتاب»، ووقع في بعضها، إذا جحد الوديعة ثم أقر بها، ثم هلكت لم يضمنها.

وفي هذا الكتاب أيضاً رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف: إذا جحد الوديعة في وجه صاحبها يضمن، وإن جحدها لا في وجهه لا يضمن.

وفي «النوادر» عن محمد: أنه لا ضمان إذا لم يواجه صاحبها بالجحود، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الوديعة: إذا جحد الوديعة في وجه المالك لا بناء

على طلب المالك بأن قال له المالك: ما حال وديعتي ليشكره على الحفظ، فقال: ليس لك عندي وديعة، فلا ضمان في قول أبي يوسف؛ هذا كله في المنقول.

وأما إذا جحد الوديعة في العقار ذكر شمس الأئمة هذا في «شرحه» أنه لا ضمان في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف الآخر في جميع الوجوه؛ لأن جحود الوديعة بمنزلة الغصب، ومن المشايخ من قال: العقار يضمن بالجحود بلا خلاف؛ قال شمس الأئمة الحلواني في ضمان الجحود، وفي العقار عن أبي حنيفة روايتان.

وفيه أيضاً بشر عن أبي يوسف: رجل استودع رجلاً وديعة فجحدها إياه، ثم أخرجها بعينها، وأقر بها، وقال لصاحبها: اقبضها، فقال صاحبها: دعها وديعة عندك، فضاعت بعد ذلك؛ قال: إن تركها عنده، وهو قادر على أخذها إن شاء فهو بريء، وهي وديعة عنده، وإن كان لا يقدر على أخذها فهو على الضمان الأول؛ يعني به الضمان الثابت بالجحود، فإن الوديعة دخلت في ضمانه، وكذلك إذا قال: اعمل به مضاربة.

في «المنتقى» بشر عن أبي يوسف: إذا قال المودع لصاحب الوديعة وهبت مالي الوديعة وأنكر صاحبها ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يجحدها، وإن طلبها صاحبها فمنعها عنه؛ ضمن بالمنع.

أودع طستاً عند غيره، فوضع المودع الطست على رأس التنور في بيته، فوقع عليه شيء، فانكسر، فالجواب فيه على التفصيل؛ إن كان وضعه على رأس التنور يغطي به التنور يضمن، وإن كان وضعه كما يوضع في العادة لا لأجل التغطية لا يضمن؛ لأن في الوجه الأول مستعمل، وفي الوجه الثاني لا.

ومن هذا الجنس أودع عند رجل طبقاً؛ فوضع المودع الطبق على رأس الجب، فضاع؛ إن كان الوضع لا على وجه الاستعمال لا يضمن.

وطريق معرفة ذلك: أن ينكر أن كان في الجب شيء نحو الماء، والدقيق، أو نحو ذلك مما يغطى رأس الجب لأجله؛ كان استعمالاً، وإن كان خالياً أو كان فيه شيء لا يغطى رأس الجب لأجله لم يكن استعمالاً، وإذا أخذت المرأة ثوب الوديعة، وسترت العجين فهي ضامنة، وهذا استعمال وليس بحفظ.

في «العيون»: الدابة المودعة إذا أصابها شيء، فأمر المودع إنساناً أن يعالجها فعطبت من ذلك [١٢٨أ/ ٢] فصاحب الدابة بالخيار؛ يضمن أيهما شاء، فإن ضمن المستودع لم يرجع هو على الذي عالجها؛ لأنه تبين أنه عالج دابته بأمره، وإن ضمن الذي عالجها هل يرجع هو على المستودع؟.

فالمسألة على ثلاثة أوجه: إما أنه علم أنه دابة المودع، أو لم يكن علم أنها لغيره، أو علم أنها لغيره بأن أخبره أنها ليست بدابتي، ولم أؤمر فيها بهذا.

ففي الوجه الأول: يرجع؛ لأن الأمر قد صح فانتقل الفعل إليه.

وفي الوجه الثاني: كذلك فرق بين هذا، وبين مسألة حفر البئر في الحائط على ما مر ذكرها في كتاب الغصب.

والفرق: أن موضوع تلك المسألة في الدار، والدار إذا لم يكن الآمر ساكناً فيها؛ لا يعرف أنها في يده لجواز أنها في يد غيره، وانعدم دليل الملك؛ أما الدابة منقولة، واليد على المنقول لا تثبت إلا بالنقل، وإذا لم يوجد النقل من الغير علم أنها ليست في يد الغير، فكان في يد المستودع واليد دليل الملك.

وفي الوجه الثالث: لا يرجع؛ لأن الآمر لا يصح المودع إذا بعث الحمار أو البقر إلى السرح يعتبر في ذلك العرف، والعادة.

الفصل الرابع
في تجهيل الوديعة

إذا مات المودع مجهلاً للوديعة ضمنها؛ إما لأن ما بعد الموت حال أخذ الورثة جميع ما كان في يده؛ لأن ظاهر اليد تدل على الملك إلا إن ثبت خلافه ولم يثبت، والمودع يضمن بمثل هذا التمكين؛ وإما لأنه التزم أداء الأمانة، ومن أداء الأمانة الرد عند طلب المالك يضمن كذلك، والبيان عند الموت، ولو ترك الرد عند طلب المالك يضمن، فكذا إذا ترك البيان عند الموت؛ وإما لأنه خلط الوديعة بماله على وجه لا يمكن التمييز، ومثل هذا الخلط يوجب الضمان كما في حالة الحياة، ثم إن المودع إنما يضمن بالتجهل عند الموت إذا لم يعرف الورثة الوديعة بعينها؛ أما إذا عرفت فلا؛ لأن ما ذكرنا من المعاني لا يتأتى إذا عرفت الورثة الوديعة بعينها.

وفي «الأصل»: رجلان جاءا إلى رجل فقال كل واحد منهما: أودعتك هذه الوديعة، فقال المودع: لا أدري أيكما استودعني هذه الوديعة، ولكني أعلم أنها لأحدكما، وليس لواحد منكما على ذلك بينة، فعليه أن يحلف لكل واحد منهما ما أودعه هذه الوديعة بعينها، والمسألة معروفة في كتاب الإقرار، وغرض محمد من إيراد هذه المسألة في كتاب الوديعة بيان حكم الضمان بسبب التجهيل، فقال: إذا أبى أن يحلف لهما، فالقاضي يدفع الوديعة إليهما، ويضمنه قيمة الوديعة بينهما؛ لأنه صار مجهلاً في حق كل واحد منهما، فيصير ضامناً.

وفي كتاب «الأجناس»: إن الأمانات بالموت تنقلب مضمونة إذا لم يبينها؛ إلا في ثلاث مواضع:

أحدها: متولي الأوقاف إذا مات، ولا يعرف حال عليها التي أخذها ولم يبينها، فلا ضمان عليه، وأحاله إلى وقف حلال.

الثاني: السلطان إذا خرج إلى الغزو فغنموا، وأودع بعض الغنيمة إلى بعض الغانمين ومات، ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه، وأحاله إلى «السير الكبير».

الثالث: أحد المتفاوضين إذا مات وفي يده مال الشركة ولم يبين؛ لا ضمان عليه، وأحاله إلى شركة «الأصل».

وفي «الواقعات»: القاضي إذا قبض أموال اليتامى، ولم يبين، فهذا على وجهين: إن وضعه في بيته، ولا يدري أين المال ضمن؛ لأنه مودع مات مجهلاً، وإن دفعها إلى قوم، ولا يتبينهم ولا يدري إلى من دفعها فلا ضمان؛ لأن القاضي ههنا ليس بمودع؛ إنما المودع غيره، وذلك الغير على حاله لم يمت فضلاً من الموت مجهلاً.

وفي «الهاروني»: لو أن المستودع لم يمت، ولكن جن جنوناً مطبقاً، وله أموال، فطلبت الوديعة، فلم توجد، وقد آيسوا أن يرجع إليه عقله؛ كانت ديناً عليه في ماله، ويجعل له القاضي ولياً ليقبضها من ماله، ويأخذ بها قيمة الذي يدفع إليه، فإن أفاق المستودع بعد ذلك وقال: ضاعت الوديعة، أو قال: رددتها عليه، وحلف على ذلك رجع بها على الذي دفعها إليه.

وفي «الأجناس»: لو كان المستودع دفع الوديعة إلى امرأته، وقد علم ذلك، ثم مات المستودع أخذت المرأة بها، فإن قالت المرأة: قد ضاعت، أو قالت: قد سرقت، فالقول قولها مع يمينها، ولا ضمان عليها، ولا يصير ديناً على الميت، وإن كان الميت ترك مالاً صارت الألف ديناً فيما ورثت المرأة من الزوج؛ لأنها لما زعمت أنه دفعها إليه، فقد زعمت أنها صارت مضمونة عليه بموته تجهلاً، وزعمها حجة في حقها، وإن لم يعلم أنه دفعها إلى امرأته إلا بقوله بأن قيل له قبل أن يموت: ما فعلت بالألف التي أودعكها فلان، فقال: دفعتها إلى امرأتي، ثم مات، ثم سئلت المرأة فأنكرت أن يكون دفعها إليها، فإنها تحلف ولا شيء عليها، وإن كان الميت ترك مالاً فهي دين فيما ورثت المرأة منها؛ لأنها حين قالت: لم يودعني فقد زعمت أنها عنده على ما ادعىٰ وإنها صارت ديناً عليه، والدين مقدم على الميراث، وزعمها معتبر في حقها.

وفيه أيضاً: إذا قال المضارب قبل أن يموت أودعت مال المضاربة فلاناً الصيرفي، ثم مات، فلا شيء عليه، ولا على ورثة الميت، وإن مات الصيرفي قبل أن يقول شيئاً، ولا يعلم أن المضارب دفعها إلى الصيرفي إلا بقوله: ...[1] على الصيرفي، وإن دفعها إلى الصيرفي ببينته، أو إقرار من الصيرفي، ثم مات المضارب، ثم مات الصيرفي، ولم يبينها كانت ديناً في مال الصيرفي، ولا شيء على المستودع، وإن مات المضارب والصيرفي حيٌّ فقال الصيرفي: رددتها عليه في حقوقه كان القول قوله، ويحلف، ولا ضمان عليه، ولا على الميت، وإن أودع جارية فمات المستودع ولم يبينها، ثم رأوها حية بعد موته، فلا ضمان على المستودع، وإن لم يروها بعد موته فقالت ورثته قد رددناه عليه في حياته أو دبر موته، لا يقبل قولهم في شيء من ذلك؛ لأنهم يدفعون عن أنفسهم الضمان، وتصير قيمتها آخر ما رأوها حية عنده ديناً في ماله، وكذلك العارية والإجارة.

في «الأجناس» أيضاً وفي «النوازل»: إذا مات المستودع فقالت ورثته: قد رد الوديعة في حياته لم يقبل قولهم، والضمان واجب في مال الميت؛ لأنه مات مجهلاً، فإن

(١) بياض بالأصل.

أقام الورثة البينة على إقرار الميت أنه قال في حياته: رددت الوديعة، فلا ضمان؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عياناً، ولو عاينا إقرار المودع حال حياته بذلك، ثم مات لا ضمان عليه؛ كذا ههنا.

وفي «الواقعات»: إذا اختلف الطالب وورثة المودع في الوديعة، فقال الطالب: [١٢٨ب/ ٢] قد مات ولم يبين، فصار ديناً في ماله، وقالت الورثة: كانت قائمة بعينها، ثم مات المودع، وكانت معروفة ثم هلكت بعد موته، فالقول قول الطالب هو الصحيح؛ لأن الوديعة صارت ديناً في التركة ظاهراً، والورثة يدعون أمراً بخلاف الظاهر، والطالب متمسك بما هو الظاهر.

وذكر في «الجامع الكبير»: مستودع قال لصاحب المال: قد قبضت بعض وديعتك ثم مات، وقال صاحب المال: لم أقبض شيئاً؛ قيل لصاحب المال: لا بد أن تقر بقبض شيء، وتحلف على ما بقي بالله ما قبضت منه ما قالت الورثة؛ لأن إقرار المستودع على صاحب الوديعة بالقبض جائز لكونه موقناً من جهته، فصار إقراره كإقرار صاحب الوديعة.

ألا ترى أن المستودع لو قال لصاحب الوديعة: قبضت جميع وديعتك جاز؛ كما لو أقر صاحب الوديعة بنفسه، ولو أقر صاحب الوديعة بقبض بعض الوديعة، ثم مات المستودع قيل له: بين؛ لأنه أقر بقبض شيء مجهول، فيرجع في البيان إليه، وإذا بين كان القول قوله في البيان كذلك ههنا، وعليه اليمين فيما يدعي الورثة من الزيادة؛ لأن ورثة المستودع صاروا ضامنين تجهيل المورث، والضامن إذا ادعى على صاحب الضمان زيادة قبض كان القول قول صاحب الضمان كما في الغاصب والمغصوب منه، وكذلك إذا قال رب الوديعة: قد قبضت بعض وديعتي، ثم مات المستودع، فالقول قول رب المال فيما قبض؛ لأنه أقر بقبض شيء مجهول، فيرجع في البيان إليه، ويكون القول قوله فيما وراء ذلك؛ لأنه منكر للقبض، والورثة ضامنون بسبب تجهيل المستودع، فكان القول قوله، وكذلك لو قال ذلك بعد موت المستودع؛ لأن المعنى يجمعهما.

في «المنتقى»: رجلان أودعا رجلاً ألف درهم، فمات المستودع، وترك ابناً، فإن ادعى أحد الرجلين أن الابن استهلك الوديعة بعد موت أبيه، وقال الآخر: لا أدري ما حالها، فالذي ادعى على الابن الاستهلاك أبرأ الابن منها حيث زعم أن أباه مات وتركها قائمة بعينها، فاستهلكها ابنه، وادعاء الضمان على الابن يصدق في حق الأب، ولم يصدق في حق الابن حتى لا يقضى له على الابن بشيء، فأما الآخر فله خمسمائة درهم في مال الميت لوجود التجهيل في حقه، ولا يشارك صاحبه فيها.

وفي «الجامع الكبير»: صبي ابن اثني عشر سنة يعقل البيع والشراء؛ وقبض الودائع لكنه محجور عليه؛ أودعه رجل ألف درهم فأدرك ومات ولم يدرِ ما حال الوديعة، فلا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أدرك وهي في يده، والحكم في المعتوه نظير الحكم في الصبي إذا أفاق ثم مات، ولم يدرَ حال الوديعة؛ لا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق وهي في يده، وإن كان الصبي مأذوناً في التجارة والمسألة بحالها،

فهو ضامن الوديعة، وإن لم يشهد الشهود أن الصبي أدرك، وهي في يده، ولو مات الصبي بعد البلوغ، ولا يدرى في أي حال هلكت الوديعة لا يقضى بوجوب الضمان، وكذلك في المعتوه إذا كان مأذوناً في التجارة.

ولو أن عبداً محجوراً عليه أودعه رجل، ثم أعتقه المولى، ثم مات ولم يبين الوديعة، فالوديعة دين في ماله، وإن مات وهو عبد فلا شيء على مولاه إلا أن يعرف الوديعة بعينها، فيرد على صاحبها، وإن أذن المولى في التجارة بعدما استودع، ثم مات، فلا ضمان إلا أن يشهد الشهود أنها كانت في يده بعد الإذن، فإذا شهد الشهود بذلك ثم مات وترك مالاً فالوديعة في ذلك المال.

في «المنتقى»: رجل أودع رجلاً بطيخاً أو عنباً وغاب، ثم مات المستودع، ثم قدم المودع بعد مدة يعلم أن تلك الوديعة لا تبقى إلى تلك المدة، فهي دين في مال الميت؛ لأنه لا يعلم باستيفائها بعد الميت، وهذا بناء على ما قلنا إن تجهيل الوديعة عند الموت سبب للضمان.

الفصل الخامس
في طلب الوديعة، والأمر بالدفع إلى الغير

في «فتاوى الفضلي»: إذا طلب صاحب الوديعة الوديعة، فقال المودع: اطلبها غداً، فلما كان من الغد قال المودع: ضاعت الوديعة، فالقاضي يسأله عن وقت الضياع متى ضاعت قبل قولك: اطلبها غداً، أو بعد ذلك؟ إن قال: قبل ذلك، فهو ضامن؛ لأنه متناقض؛ لأن قوله اطلبها غداً إقرار منه أنه ما ضاع، فإذا قال بعد ذلك: قد كان ضاعت قبل ذلك صار متناقضاً، وإن قال: بعد ذلك فلا ضمان؛ لأنه لا تناقض.

في «مجموع النوازل»: إذا جاء المودع إلى المودع يريد استرداد الوديعة، فقال المودع: لا يمكنني أن أحضرها هذه الساعة، فتركها ورجع فهذا ابتداء إيداع، قال ثمة: لما طلب رد الوديعة فقد عزله عن الحفظ، فخرج من أن يكون مودعاً، وبالترك عنده بعد ذلك صار مودعاً ابتداءاً.

وفيه أيضاً: إذا قال رب الوديعة للمودع: احمل إليَّ الوديعة اليوم، فقال: أفعل ولم يحملها إليه حتى مضى اليوم، وهلكت عنده بعد ذلك، فلا ضمان؛ لأنه لا يجب على المودع نقل الوديعة إلى صاحبها؛ بل مؤنة الرد على رب الوديعة.

وفيه أيضاً: سئل شيخ الإسلام عمن قال لمودعه: إذا جاءك أخي، فادفع إليه وديعتي التي عندك، فجاء أخوه، وطلب الوديعة، فقال المودع: عدْ إليَّ بعد ساعة لأدفعها، فلما عاد إليه قال: إنه قد كان هلك؛ يعني قبل مقالتي: عد إليَّ بعد ساعة، فهو ضامن لمكان التناقض، وهذه المسألة قريبة من المسألة المذكورة في أول هذا الفصل.

وفي «النوازل»: قال صاحب الوديعة للمودع في السر: من أخبرك بعلامة كذا،

فادفعها إليه، فجاء رجل، وزعم أنه رسول المودع، وأتى بتلك العلامة، فلم يصدقه المودع، ولم يدفعها إليه حتى هلكت الوديعة، فلا ضمان؛ لأنه يتصور أن يأتي غير رسول المودع بتلك العلامة.

رسول المودع إذا جاء إلى المودع، وطلب الوديعة، فقال: لا أدفع إلا إلى الذي جاء بها، فلم يدفعه إليه حتى هلكت؛ ذكر شيخ الإسلام نجم الدين عمر النسفي أنه يضمن، وفيه نظر، فقد ذكر في الكتب في مواضع أن من جاء إلى المودع، وقال: إن فلاناً وكلني بقبض وديعته منك، فصدقه في دعوى الوكالة لا يؤمر بدفع الوديعة إليه، بخلاف ما إذا قال: وكلني بقبض ما له عليك من الدين وصدقه المديون في دعوى الوكالة، فإنه يجبر على دفع الدين إليه.

رجل بعث ثوباً إلى القصار على يدي تلميذه، ثم بعث إلى القصار أن لا تدفع الثوب إلى من جاءك، ينظر: إن كان الذي جاء بالثوب إلى القصار لم يقل للقصار: هذا ثوب فلان بعثه إليك؛ لا يضمن القصار بالدفع إليه، وإن قال: هذا ثوب فلان بعثه إليك، فإن كان الذي جاء بالثوب متصرفاً في أموره، فكذا [١٢٩/أ/ ٢] لا يضمن، وإن لم يكن متصرفاً في أموره يضمن بالدفع إليه هكذا قيل، وقد قيل: ينبغي أن يضمن، وإن كان متصرفاً في أموره؛ لأنه لما نهى القصار عن دفع الثوب إليه فقد عزله عن هذا النوع من التصرف، والأول أوجه؛ لأن العزل لا يصح من غير علم المعزول، وليس في وضع المسألة أن الذي جاء بالثوب علم بهذا النهي.

في «الأصل»: إذا أمر صاحب الوديعة المودع أن يدفعها إلى رجل بعينه، فقال: دفعتها، وقال ذلك الرجل: لم أقبضها، وقال رب الوديعة: لم يدفعها، فالقول قول المستودع، ولا ضمان على المدفوع إليه، ويعتبر قول المودع في حق براءته عن الضمان؛ لا في حق إيجاب الضمان على المدفوع إليه.

وفيه أيضاً: أودع رجل رجلاً دراهم، فجاء رجل وقال: أرسلني إليك صاحب الوديعة لتدفعها إليَّ، فدفعها إليه، فهلكت عنده، ثم جاء صاحبها، وأنكر ذلك، فالمستودع ضامن لها، وهل يرجع على الرسول بما ضمن؟ إن صدقه المودع في كونه رسولاً، ولم يشترط عليه الضمان لا يرجع، وإن كذبه في كونه رسولاً مع هذا دفع؛ لو لم يصدقه، ولم يكذبه مع هذا دفع، أو صدقه، ودفع إليه على الضمان رجع، ومعنى الضمان ههنا أن يقول المودع للرسول: أنا أعلم أنك رسول، ولكن لا آمن أن يحضر المالك، و يجحد الرسالة، ويضمنني، فهل أنت ضامن فيما تأخذ مني، فإذا قال: نعم، حصلت الكفالة بدين مستحب مضافاً إلى سبب الوجوب، وإنه جائز، فيرجع المودع على الرسول بحكم الكفالة.

وفي «المنتقى» ابن سماعة عن محمد: رجل أودع رجلاً ألف درهم، ثم قال: إني أمرت فلاناً بقبضها منك، ثم نهيته بمكاني عن ذلك، فقال المودع: فلان أتاني ودفعتها إليه، وقال فلان: لم آته، ولم أقبضها منه، قال المستودع بريء منها.

وفي «الفتاوى»: سئل أبو بكر عن مودع طلب الوديعة من المستودع، وقد ...... (١) فقال المستودع: لا أصل إليها الساعة، فاعتبر على ملك التأخير وقال المستودع: أعتبر علي الوديعة أيضاً، قال: إن لم يقدر المستودع على ردها في تلك الحالة لبعدها أو لضيق الوقت، فلا ضمان، والقول قوله فيه، وإلا ضمن.

وفي «فتاوى النسفي»: أتى عبد رجل بوقر من الحنطة، إلى بيت رجل وهو غائب، فسلمها إلى امرأته، وقال: هذا وديعة مولاي بعثه إلى زوجك، وغابت، فلما أخبرت الزوج بذلك لامها على القبول، وأرسل إلى مولى العبد أن ابعث من يحمل هذا الوقر، فإني لا أقبله، فأجاب إنه يكون عندك أياماً، ثم أحمله، فلا تدفع ذلك إلى عبدي، ثم طلبه المولى، فقال: لا أدفعه إلا إلى العبد الذي حمل إلى بيتي ثم سرق الوقر، فقال: إن صدق صاحب البيت العبد بما قاله العبد ضمن بالمنع، وإن لم يصدقه، أو قال: لا أدري أهو لمولاه، أو هو غصب في يدي العبد، أو وديعة من غيره، وتوقف في الرد ليعلم ذلك لم يضمن بالمنع.

وفي «الفتاوى»: سئل أبو بكر عمن خاصم آخر بألف درهم، وأنكر الآخر، ثم أخرج المدعى عليه ألف درهم، ووضعه في يد إنسان حتى يأتي المدعي بالبينة، فلم يأتِ بالبينة، فاسترد المدعى عليه، فأبى أن يرد عليه، ثم أغاروا على الناحية، ورهنوا بالألف هل يضمن قال: إن وضع المدعي والمدعى عليه عنده؛ فلا يضمن إذ ليس له أن يدفع إلى أحدهما، وإن كان صاحب المال وضعه يضمن بالمنع عنه؛ لأنه صار غاصباً بمنعه عنه.

الفصل السادس
في رد الوديعة

إذا رد المودع الوديعة إلى منزل المودع، أو إلى أحد من في عياله، فهلكت فالمودع ضامن.

وأشار في «الجامع الكبير»: إلى أنه لا ضمان، وإذا ردها بيد من في عياله، فلا ضمان، وإن ردها بيد ابنه، والابن ليس في عياله، فإن كان الابن بالغاً فهو ضامن؛ لأنه ليس له أن يحفظ الوديعة بيده إذا لم يكن في عياله، فلا يكون له الرد بيده، وإن كان الابن غير بالغ فلا ضمان؛ لأنه إذا كان غير بالغ فتدبيره إلى الأب، وإن لم يكن في عياله، والأب يتصرف فيه كما لو كان في عياله.

ألا ترى لو بعث الوديعة على يدي عبده، وقد أمر العبد من غيره؛ لا يضمن.

في «النوازل» قالوا: إذا كان الابن غير بالغ إنما لا يضمن بالرد عليه إذا كان يعقل الحفظ، ويحفظ الأشياء؛ أما إذا كان لا يحفظ، فهو ضامن.

---

(١) بياض بالأصل.

إذا قال المستودع لصاحب الوديعة: بعثت بها إليك مع رسولي، وسمى بعض من في عياله؛ بأن قال: مع ابني، أو قال: مع عبدي وما أشبهه؛ كان القول قوله؛ لأن له أن يرد بيد هؤلاء، كما له الرد بنفسه، ولو ادعى الرد بنفسه كان القول قوله، فكذا إذا ادعى الرد بيد هؤلاء، ولو قال: رددتها بيد أجنبي ووصلت إليك، فأنكر ذلك صاحب المال، فهو ضامن إلا أن يقر به رب الوديعة، أو يقيم المودع بينة على ذلك؛ لأنه ليس له الرد بيد الأجنبي، فإذا ادعى ذلك، فقد أقر بسبب الضمان، فقوله: وصل إليك ادعاء يبرئه عن الضمان، فلا يصدق إلا بحجة، والحجة إقرار رب الوديعة، أو البينة، فإن قال: بعثت بها إليك مع هذا الأجنبي، أو قال: استودعتها إياه، ثم ردها عليَّ، فضاعت عندي لا يصدق على ذلك إلا بحجة؛ لأنه أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه، هذه المسائل في «الأصل».

في «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد: في رجل أودع رجلاً ألف درهم، فاشترى بها، ودفعها إليه، ثم استردها بهبة أو شراء وردها إلى موضعها بريء، فقد روى إبراهيم عن محمد إذا قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة، ثم وجدها زيوفاً فردها إليه، فهلكت ضمن حالاً، فقال: لأن له أن يستعملها في الذي يشارك كسائر أملاكه وههنا ليس له صرفها في منافعه، فهي عنده كالوديعة، فالتعليل على هذا الوجه مذكور في «الكتاب» يعني قوله في فصل القضاء من الوديعة صار مقرضاً الدراهم الوديعة منه، وصار المودع قابضاً دين نفسه، وصار مثل تلك الدراهم ديناً لصاحب الوديعة في ذمة المودع، فإذا ردت الدراهم على المودع، فقد عادت الدراهم إلى ملكه، فإذا هلكت؛ هلكت ضمن ماله؛ أما في فصل الشراء الدراهم لم تصر مملوكة للمودع، ووجب ردها بعينها؛ لأنها في حكم المغصوبة، فإذا ردها إلى مكانها فقد أتى بالمستحق عليه، فيبرأ عن الضمان.

في «الأصل»: إذا كانت الوديعة دراهم، أو دنانير، أو شيئاً من المكيل، والموزون، فأنفق المودع طائفة منها في حاجة نفسه؛ كان ضامناً لما أنفق منها، ولم يصر ضامناً لما بقي منها، فإن جاء بمثل ما أنفق، وخلطه صار ضامناً لجميع ما أنفق بالإتلاف، وما بقي من الخلط قالوا: وهذا إذا لم يجعل على ماله علامة حين خلط بمال الوديعة، أما إذا جعل لا يضمن إلا ما أنفق، وإن كان قد أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته، ثم بدا له، فرده في مكانه، فضاع، فلا ضمان عليه.

واختلف [١٢٩ب/ ٢] المشايخ في تخريج المسألة؛ بعضهم قالوا: لا يضمن أصلاً، وقال بعضهم: ضمن، ثم بريء بالرد إلى مكانه، وهو الصحيح؛ وهذا لأن الدفع بنية الإنفاق أخذ لنفسه، وإن أخذ لنفسه بسبب الضمان؛ لأنه خلاف كما لو كان ثوباً فلبسه، أو كان دابة، فركبها.

والدليل عليه: أن الدفع بنية البيع سبب الضمان حتى لو دفع ليبيع، وباع، وضمن القيمة نفذ البيع من جهته، وإنما ينفذ البيع إذا استند الملك إلى ما قبل البيع، وإنما لا يستند الملك إلى ما هو سبب الضمان.

الفصل السابع
فيما إذا كان صاحب الوديعة أو المستودع غير واحد

قال في «الأصل»: رجلان أودعا دراهم أو دنانير، أو ثياباً، أو دفاً أو عبيداً، فجاء أحدهما، وطلب حصته، والآخر غائب، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: ليس للمودع أن يدفع إليه حصته، وقال أبو يوسف ومحمد: يدفع إليه حصته، ولا تكون قيمته جائزة على الغائب.

وضع المسألة في الدفع في «الأصل» وفي «الجامع الصغير»: وضعها في الأخذ فقال: ليس للحاضر أن يأخذ حصته من المودع عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما له ذلك، فقد جمع في «الكتاب» من المكيل والموزون والعبيد والثياب، وأجاب عقيب الكل بجواب واحد، فقال: ليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته عند أبي حنيفة وعندهما يدفع، فمن مشايخنا من قال بأن الخلاف في الكل واحد.

ألا ترى أن محمداً لم يفصل في «الكتاب» بين المكيل، والموزون، وغيرهما، ومنهم من قال: الخلاف في المكيل، والموزون خاصة، فأما في الثياب والعبيد فليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته بلا خلاف، وهو الأشبه بالصواب؛ وهذا لأنا نعتبر يد المودع بيد المودع، وغير المكيل، والموزون لو كان في يد المودعين، وغاب الآخر لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه من ذلك بالإجماع، فكذلك إذا كان في يد المودع.

في «المنتقى»: لو دفع المودع نصفها، ثم ملك ما بقي، وحضر الغائب؛ قال أبو يوسف: إن كان الدفع بقضاء، فلا ضمان على أحد بكون المسألة مجتهدة، وإن كان بغير قضاء فإن شاء الذي حضر أتبع الدافع بنصف ما دفع، ويرجع به الدافع على القابض، وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض، ولو أراد أحد الرجلين أن يقيم البينة على المودع، أن الوديعة كلها له لا تسمع بينته، وكذا لو أراد أن يقيم البينة على إقرار صاحبه وقت الإيداع أن الوديعة كلها له؛ لا تسمع بينته، ولو أن المودع في هذه الصورة ادعى هلاك الوديعة، أو أخذ ظالم منه، فقال أحد المودعين: قد بقي في يدك شيء من الوديعة كان له أن يحلفه على ذلك بلا خلاف، فأبو حنيفة رضي الله عنه إن كان لا يرى استرداد الوديعة لأحدهما يرى حق الاستحلاف لأحدهما.

في «فتاوى النسفي»: وإذا كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غير ذلك، فاقتسماها، وجعل كل واحد منهما نصفها في بيته، فهلك أحد النصفين أو كلاهما فلا ضمان، وإن أودعاها عند رجل فهلكت ضمناها، والحكم في المستنصفين والوصيين، والعدلين في الرهن هكذا، وإن ترك أحدهما كل الوديعة عند صاحبه إن كان شيئاً لا يحتمل القسمة لا يضمنان، وإن كان شيئاً يحتمل القسمة أجمعوا على أن المدفوع إليه لا يضمن، فأما الدافع فقد اختلفوا فيه.

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يضمن نصف الوديعة وما لا، لا يضمن شيئاً، وذكر

شيخ الإسلام في شرح كتاب «الوديعة» بعد هذه المسألة بمسائل، فيما إذا كانت الوديعة شيئاً يحتمل القسمة إذا رضيا أن يكون المال عند أحدهما إلى أن يحضر صاحب المال جاز، ولم يذكر فيها خلافاً، وذكر أيضاً إذا كانت الوديعة شيئاً لا يحتمل القسمة، فإنهما يقسمان من حيث الرهان.

في «المنتقى»: رجلان أودعا عند رجل ألف درهم، فقال أحدهما للمودع: ادفع إلى شريكي مائة درهم، فدفعها وضاعت البقية قال: ما أخذ فهو من مال الآخذ حتى لا يرجع عليه شريكه بشيء، وكذلك إذا قال: ادفع إليه مئتين أو ما أشبه ذلك ما لم ينته إلى النصف، ولو قال: ادفع إليه النصف، فهو من الكل؛ حتى لو ضاع الباقي رجع عليه شريكه بنصف ما أخذ، ولو قال: ادفع إليه حصته، فدفع، فهو من حصته حتى لو هلك الباقي لا يرجع عليه شريكه بشيء، أما إذا قال: ادفع إليه مائة، أو ما أشبهها؛ فلأن المائة اسم المفروز المعين فقد أمره بإعطاء شيء مفرز إلى صاحبه، والمفرز ليس حق صاحبه، فيضمن الآمر به أمراً بإفراز نصيب صاحبه، وصاحبه لما أخذه، فقد رضي بذلك الإفراز فتم الإفراز فصار قابضاً حقه من كل وجه، فأما النصف، فهو اسم للشائع؛ لا اسم المفرز، فقد أمره بإعطاء النصف من النصيبين بشرط أن يسلم له النصف الباقي، ولم يسلم لما ضاع الباقي، فكان له أن يرجع عليه بنصفه.

وفيه أيضاً: رجلان بينهما ألف درهم وضعاها عند أحدهما، ثم قال أحدهما لصاحبه: خذ نصيبك منها، فأخذ، وضاع النصف الباقي، فالنصف الذي أخذ صاحبه يكون بينهما؛ قال: لأنه لا يكون مقاسماً لنفسه؛ قال: وإن كان ضاع النصف الذي أخذ سلم الباقي للشريك؛ قال: لأنه احتبس عند الآخذ مالية النصف على وجه لا يملك رده، فهو بمنزلة ما لو أكل النصف المأخوذ، وهناك يتعين النصف الباقي للشريك؛ كذا ههنا.

الفصل الثامن
في الاختلاف الواقع في الوديعة، والشهادة فيها

في «المنتقى» بشر عن أبي يوسف: رجل ادعى قبل رجل وديعة، وجحده المودع، فأقام المدعي البينة على دعواه، وأقام المودع بينة على المدعي أنه قال: ما لي على فلان شيء، قال: إن كان مدعي الوديعة يدعي أن الوديعة قائمة بعينها عند المودع، فهذه البراءة لا تبطل حقه؛ لأنها ما دامت عنده، فليس له عليه إنما له عنده.

وفيه أيضاً: رجل قال: لفلان عندي ألف درهم وديعة، ثم قال بعد ذلك: قد ضاعت قبل إقراري، فهو ضامن، ولو قال: كان له عندي ألف درهم وضاعت، فالقول قوله، ولا ضمان، ولو قال: له عندي ألف درهم وديعة، فقد ضاعت، ووصل الكلام صدقته استحساناً، وصار تقدير هذه المسألة كانت له عندي ألف درهم وضاعت، إذا قال المودع: ذهبت الوديعة، ولا أدري [١٣٠أ/ ٢] كيف ذهبت؛ كان القول قوله مع اليمين

فلا ضمان؛ لأنه لو اقتصر على قوله: ذهبت، كان القول قوله مع اليمين؛ لأنه أمين أخبر بما هو محتمل، فكذا إذا قال: ذهبت، ولا أدري كيف ذهبت؛ لأنه عسى ذهبت على وجه لا يعلم بنفسه بأن ذهب، وهو نائم أو غائب؛ قال شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الوديعة، واختلف المتأخرون فيما إذا قال: ابتداءاً لا أدري كيف ذهبت فمنهم من قال هو ضامن؛ لأنه جهلها بما قال بخلاف ما إذا قال: ذهبت، ولا أدري كيف ذهبت؛ لأنه بقوله ذهبت يخبر بهلاكها وهذا القدر يكفيه، فلا يغيره بعد ذلك، ولا أدري كيف ذهبت، ومنهم من قال: لا يضمن، وهو الأصح؛ لأن أصل الذهاب معلوم من هذا اللفظ لا محالة، وإنما التجهيل في كيفية الذهاب والإخبار بأصل الذهاب يكفي في البراءة عن الضمان.

في «النوازل»: إذا قال المودع: ذهبت الوديعة من منزلي، ولم تذهب من مالي هي قبل قوله مع اليمين؛ لأنه أمين أخبر بما يتصدق مع اليمين. إذا أقام رب الوديعة البينة على الإيداع بعدها جحد المودع، وأقام المودع بينة على الضياع، فهذه المسألة على وجهين:

الأول: أن يجحد المودع الإيداع بأن يقول للمودع: لم يودعني، وفي هذا الوجه المودع ضامن وبينته على الضياع مردودة، سواء شهد الشهود على الضياع قبل الجحود، أو بعد الجحود، أما إذا شهدوا بالهلاك بعد الجحود؛ لأن بالجحود صار المودع ضامناً، وهلاك المضمون في يد الضامن بقدر الضمان لا أن يسقطه، فأما إذا شهدوا على الهلاك قبل الجحود، فإن البينة إنما تقبل بعد دعوى صحيحة، ودعوى الهلاك من المودع بعدما أنكر أصل الإيداع لا تصح لمكان التناقض.

والوجه الثاني: أن لا يجحد الإيداع وإنما يجحد الوديعة بأن قال: ليس لك عندي وديعة، ثم أقام بينة على الضياع؛ إن أقام بينة على الضياع بعد الجحود، فهو ضامن؛ لأن بهذه البينة يثبت هلاك المضمون، وإن أقام بينة على الضياع قبل الجحود، فلا ضمان؛ لأن بهذه البينة يثبت هلاك الأمانة، وإن أقام البينة على الضياع مطلقاً، ولم يتعرضوا لما قبل الجحود، ولما بعد الجحود، فهو ضامن؛ لأنه يحتمل الهلاك بعد الجحود، وعلى هذا التقدير لا يسقط الضمان فلا يسقط الضمان بالشك.

وفي «القدوري»: إذا قال المودع للقاضي: حلف المودع ما هلكت قبل جحودي؛ حلفه القاضي؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول الذي هو إقرار، ويحلفه على العلم؛ لأن هذا تحليف على أمر وقع في يد الغير، فإذا قال المودع: قد أعطيتكها، ثم قال بعد أيام: لم أعطكها، ولكنها هلكت، فهو ضامن، ولا يصدقه فيما قال؛ إما لأنه لما قال: أعطيتكها فقد أقر أنه ليست عنده وديعة، فإذا قال بعد ذلك: هلكت عندي، فقد أقر أنه كانت عنده وديعة حين قال: ليست عندي، فثبت جحوده بالكلام الثاني، وإنه سبب ضمان؛ أو لأنه تكلم بكلامين، لا يمكن الجمع بينهما، فينتقض كل واحد منهما بصاحبه، فبقي ساكتاً ممتنعاً من الرد بعد الطلب، وإنه سبب

الضمان، وعلى هذا إذا ادعى الهلاك أولاً، ثم قال: أو قد رددتها عليك؛ لا يصدق، وهو ضامن لما ذكرنا من المعنى الثاني.

وفي «المنتقى»: رجل أودع عند رجل وديعة، فقال المودع: ضاعت منذ عشرة أيام، وأقام صاحب الوديعة بينة أنها كانت في يده منذ يومين، فقال المودع: وجدتها، فضاعت قبل ذلك منه. رجل قال لغيره: قد استودعتني ألف درهم فضاعت، وقال ذلك الغير: كذبت ما استودعتك إنما غصبتها، أو قال: أخذتها بغير أمري، فلا ضمان عليه بخلاف ما إذا قال: أخذتها وديعة، وقال صاحب المال: لا بل أخذتها بغير أمري، فالقول قول صاحب المال، ومدعي الوديعة ضامن.

والفرق: أن في المسألة الثانية أقر بسبب الضمان، وهو الأخذ؛ ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق في دعواه؛ كما لو قال لغيره: أكلت مالك بإذنك، وقال صاحب المال: لا بل أكلت بغير إذني، أما في المسألة الأولى ما أقر بالأخذ؛ لأن الإيداع بدون الأخذ متصور بأن يضع المال بين يديه، ويقول: احفظه، ولو قال صاحب المال: أقرضتكها، وقال ذلك: لا بل أخذتها وديعة، فالقول قول مدعي الوديعة؛ لأنهما اتفقا عل أن الأخذ كان بإذن المالك، والأخذ بإذن المالك لا يكون سبب ضمان إلا باعتبار عقد ضمان، فالمالك يدعي عقد الضمان، ومدعي الوديعة منكر ذلك؛ بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك ما اتفقا أن الأخذ كان بإذن المالك.

رجل له عند رجل ألف درهم وديعة، وله على المودع ألف درهم دين، فدفع المودع إليه ألف درهم، ثم اختلفا بعد ذلك بأيام، فقال رب المال: أخذت الوديعة والدين عليك على حاله، وقال المودع: لا بل أعطيتك القرض، وقد ضاعت الوديعة، فالقول قول المودع؛ لأنه لا عبرة لاختلافهما في الألف المردودة؛ لأنها وصلت إلى المالك أنى كانت، وإنما اختلافهما في الألف الهالكة فالمالك يدعي فيها الأخذ قرضاً، والمدعى عليه يدعي الأخذ وديعة، وفي هذا القول قول مدعي الوديعة لما مر.

رجل أودع عند رجل وديعة فغاب رب الوديعة، ثم قدم، وطلب الوديعة، فقال المودع: أمرتني أن أنفقها على أهلك وولدك، وقد أنفقتها عليهم، ورب الوديعة يقول: لم آمرك بذلك، فالقول قول رب الوديعة والمودع ضامن؛ لأنه أقر بسبب الضمان، وادعى ما يبرئه، فلا يصدق في دعواه إلا بحجة.

وهذه المسألة دليل على أن من كان له عند آخر ألف درهم وديعة، وعلى رب الوديعة دين ألف درهم، فدفع المودع الألف إلى صاحب الدين بغير أمر صاحب الوديعة أنه يضمن، وهذا أفضل؛ اختلف المشايخ فيه كان الحاكم الإمام أبو إسحاق . . . .[1] يقول: لا يضمن، وغيره من المشايخ كانوا يقولون بالضمان، وهذه دليل على الضمان؛ لأن نفقة الأصل تصير ديناً بقضاء القاضي، وقد أوجب محمد رحمه الله الضمان على

(١) بياض بالأصل.

المودع بلا تفصيل، إذا مات صاحب الوديعة، فالورثة خصماء المودع في دعوى الوديعة، ويجبر المودع على دفعها إلى الورثة.

فرق بين هذا وبين العبد إذا أودع، وغاب لا يكون للمولى أن يأخذ حتى يحضر العبد؛ إلا إذا علم أن الوديعة من أملاك المولى أو من أكساب العبد، وإذا قال رب الوديعة: أودعتك عبداً أو أمة، قال المودع: ما أودعتني إلا أمة، وقد هلكت، فأقام رب الوديعة على ما ادعى بينة ضمن المستودع قيمة العبد، قال شيخ الإسلام: إنما يقبل القاضي شهادتهم [١٣٠ب/ ٢] ويقضي بقيمة العبد إذا وصفوا، ونعتوا للقاضي، والقاضي يعرف مقدار قيمة مثل ذلك العبد، وإن لم يعرف سأل المدعي حتى يقيم بينة على مقدار قيمة العبد، فأما إذا لم يصفوا العبد، وإنما شهدوا أنه أودعه عبداً، فالقاضي لا يقبل شهادتهم؛ لأنهم شهدوا لمجهول لا يمكن القضاء به، وعلى قياس ما ذكرنا في كتاب الغصب إن المدعي إذا أقام البينة أنه غصب منه جارية تقبل هذه البينة، ويثبت الغصب بها في حق الحبس؛ لا في حق القضاء بالجارية ينبغي أن تقبل هذه البينة، ويثبت الغصب في حق الحبس لا في حق القضاء بالعبد.

وإذا ادعى المودع الرد أو الهلاك، وادعى المالك الاستهلاك، فالقول قول المودع، وإن أقاما البينة، فالبينة أيضاً بينة المودع كبينته.

في «الجامع»: في باب من الاختلاف في المرابحة، ورأس المال؛ قال الصدر الشهيد رحمه الله: ويجوز أن لا تقبل البينة ههنا أصلاً، وسيظهر الفرق بين المسألتين بالتأمل إن شاء الله تعالى.

الفصل التاسع
في المتفرقات

إذا هلكت الوديعة في يد المودع؛ يستوي فيه الهلاك بأمر يمكن الاحتراز عنه أولا يمكن التحرز؛ لأن الهلاك مما يمكن التحرز عنه يعني العيب في الحفظ وصفة السلامة عن العيب إنما يصير مستحقاً في المعاوضات دون التبرع، والمودع متبرع.

إذا كانت الوديعة دراهم، فاختلط بدراهم المودع على وجه تيسر التمييز لا يصير المخلوط مشتركاً بينهما، فإن اختلطت على وجه تعذر التمييز صار المخلوط مشتركاً بينهما، وإن خلطهما بعض من في عيال المودع، وكان الخلط على وجه تعذر التمييز أو كان الخلط على وجه يتعسر التميز بأن خلط حنطة الوديعة بشعير المودع صار الخالط ضامناً، وحكم المخلوط ما في كتاب الغصب، فإن لم يظفر بالخالط، فقال أحدهما آخذ المخلوط، وأغرم لصاحبي مثل ما كان له، فرضي به صاحبه جاز؛ لأن صاحبه لما رضي صار بائعاً نصيبه منه، وهو قادر على تسليمه، فيجوز بخلاف ما لو باع من غيره، وإن اتفقا على البيع يباع المخلوط، ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمة الشعير والحنطة، إلا أن

صاحب الشعير يضرب بشعير غير مخلوط بالحنطة، وإن لم يتفقا على شيء، فالخيار لصاحب الكثير إن كان الشعير أكثر، فالخيار لصاحب الشعير يأخذ المخلوط، ويضمن لصاحب الحنطة قيمة حنطته مخلوطاً بالشعير، وإن كانت الحنطة أكثر، فالخيار لصاحب الحنطة.

وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف برواية ابن سماعة في رجل عنده ألف درهم وديعة لرجل فأقرضه إياها، أو قال: هي قضاء لما لك علي بأن كان للمودع على صاحب الألف ألف درهم، فلم يرجع إلى منزله ليقبضها حتى ضاعت، فهي من مال المودع، فلم يقبضها.

أصل المسألة: أن قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الضمان، والقبض بجهة القرض، وبجهة الاقتضاء قبضُ ضمان.

استهلك الوديعة إنسان كان للمودع أن يخاصم المستهلك في القيمة؛ ذكره شمس الأئمة السرخسي في كتاب «الوكالة»: في باب الوكالة بقبض الوديعة والعارية: رجل أودع رجلاً صك ضيعة، والصك ليس للمودع، ثم جاء من كان الصك باسمه، وادعى ملك تلك الضيعة والشهود الذين بدلوا خطوطهم أبوا الشهادة حتى رأوا خطوطهم في الصك، فالقاضي يأمر المدعي المودَع حتى يرى الصك من الشهود ليروا خطوطهم، ولا يدفع الصك إلى المدعي، هكذا حكي عن الفقيه أبي جعفر الهنداوي، وعليه الفتوى.

ذكر شيخ الإسلام في أول شرح الشفعة: رجل أجلس عبده في حانوته، وفي الحانوت ودائع، فسرقت الودائع، ثم وجد المولى بعضها في يد عبده، وقد أتلف البعض، فباع المولى الغلام، فهذا على وجهين: إما إن كان للمودع بينة على ذلك، أو لم يكن، فإن كان للمودع بينة على ذلك، فهو بالخيار؛ إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء نقض البيع وباعه في دينه؛ لأنه ظهر أن المولى باع المديون، وإن لم يكن له بينة، فله أن يحلف مولاه على علمه، فإن حلف لم يثبت، وإن نكل فهذا على وجهين: إن أقر المشتري بذلك، أو أنكر؛ إن أقر بذلك فهذا وما لو ثبت بالبينة سواء، وإن أنكر ليس له أن ينقض البيع، ويأخذ الثمن من المولى؛ لأن الدين ظهر في حق المولى أمّا ما ظهر في حق المشتري.

في «فتاوى أبي الليث»: استودع رجلاً ألف درهم، ثم غاب رب الوديعة، ولا يدري أحي هو أم ميت، فعليه أن يمسكها حتى يعلم موته، ولا يتصدق بها بخلاف اللقطة. إذا كانت الوديعة إبلاً أو بقراً أو غنماً، وصاحبها غائب، وأنفق عليها المودع بغير أمر القاضي، فهو متطوع؛ لأنه أنفق على دابة الغير بغير أمره، وبغير أمر من يلي عليه، وإن رفع الأمر إلى القاضي سأله البينة على كون العين وديعة عنده، وعلى كون المالك غائب، فإن أقام بينة على ذلك؛ إن كانت الوديعة شيئاً يمكن أن يؤاجر، وينفق عليه من غلتها؛ أمره القاضي بذلك، وإن كانت الوديعة شيئاً لا يمكن أن يؤاجر، فالقاضي يأمره بأن ينفق عليه من ماله يوماً أو يومين أو ثلاثة، رجاء أن يحضر المالك، ولا يأمره

بالإنفاق زيادة على ذلك، بل يأمره بالبيع، وإمساك الثمن.

والحاصل: أن القاضي يفعل بالوديعة ما هو أصلح، وأنظر في حق صاحبها، وإن كان القاضي أمره بالبيع في أول الوصاية جاز، وما أنفق المودع على الوديعة بأمر القاضي، فهو دين على صاحبها يرجع عليه إذا حضر؛ غير أن في الدابة يرجع بقدر قيمة الدابة، وفي العبد يرجع بالزيادة على قيمته؛ لأن الإنفاق على العبد كان بحق العبد، وبحق المولى حفظاً للمالية عليه فلئن كان لا يرجع بالزيادة على القيمة بحق المولى؛ لأنه لا حفظ في حق الزيادة يرجع باعتبار حق العبد؛ لأن الأمر باعتبار حق العبد قد صح، ولهذا يجبر المولى على الإنفاق على العبد بحقه، فأما في الدابة الأمر بالإنفاق صح حفظاً للمالية على المولى؛ لا لحق الدابة.

ألا ترى أن المولى لا يجبر على الإنفاق على الدابة، وفي الزيادة على القيمة لا حفظ، فلهذا لا يرجع بالزيادة، وإن لم يدفع الوديعة إلى القاضي حتى اجتمع من ألبانها شيء كثير له ثمن، وهو يخاف فساده، أو كانت الوديعة أرضاً فأخرجت ثمرة فخاف فسادها، فباع ذلك بغير أمر القاضي، فإن كان في المصر، أو في موضع يتوصل إلى القاضي قبل أن يفسد ذلك الشيء، فهو ضامن، وإن كان في موضع لا يتوصل إلى القاضي قبل أن يفسد ذلك الشيء، فهو ليس ضامن؛ لأن بيعه في الوجه الأول ليس يحفظ؛ بخلاف الوجه الثاني. [١٣١أ/ ٢]

ألا ترى أنه لو باع في المفازة ما يتسارع إليه الفساد من مال الغير يجوز بيعه ولا ضمان، وإن لم يكن مأموراً بالحفظ من جهته فلا يجوز بيعه ههنا، وقد أمر بالحفظ أولى، فإن كان في المصر، ولم يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبيع، أو كان في المفازة، فلم يبع حتى فسد لا يضمن.

في وديعة «فتاوى أبي الليث» في «العيون»: رجل استقرض من رجل خمسين درهماً، فأعطاه ستين، فأخذ العشرة ليردها، فهلكت في الطريق يضمن خمسة أسداس العشرة؛ لأن ذلك القسط قرض، والباقي وديعة.

وفيه أيضاً: رجل استقرض من رجل عشرين درهماً، فأعطاه مائة، وقال: خذ منها عشرين قرضاً والباقي عندك وديعة ففعل؛ يعني أخذ العشرين منها، وصرفها إلى حاجته، ثم أعاد العشرين من المائة، ثم دفع إليه رب المال أربعين درهماً، وقال له: اخلطها بتلك الدراهم ففعل، ثم ضاعت الدراهم كلها؛ لا يضمن الأربعين ويضمن نفقتها، أما النفقة؛ فلأن العشرين قرض والقرض مضمون، وما جاء من العشرين ملك المستقرض، وقد خلطها بالوديعة، فصار مستهلكاً للوديعة، فأما الأربعون فقد خلطها بإذن صاحب المال.

في غصب «فتاوى أبي الليث»: دفع إلى آخر عشرة دراهم، وقال: خمسة منها هبة لك، وخمسة وديعة عندك، واستهلك القابض منها خمسة، وهلكت الخمسة الباقية يضمن سبعة ونصف؛ لأن الهبة فاسدة؛ لأنها هبة المشاع، والمقبوض بحكم الفاسد مضمونة، فالخمسة التي هلكت نصفها أمانة، ونصفها مضمونة، فيجب ضمان نصفها، وذلك

درهمان ونصف، والخمسة التي استهلكها كلها صارت مضمونة بالاستهلاك، فيضمن سبعة دراهم ونصف لهذا، ولو قال: ثلاثة من هذه العشرة لك، والسبعة الباقية سلمها إلى فلان، فهلكت الدراهم في الطريق يضمن الثلاث؛ لأنها كانت هبة فاسدة، ولو كان ذلك وصية من الميت لم يضمن شيئاً؛ لأن وصية المشاع جائزة، ولا يضمن في المسألتين جميعاً.

في «المنتقى» إبراهيم بن رستم عن محمد: رجل له على رجل مائة درهم، فدفع المطلوب إلى الطالب مائتي درهم، وقال: هذا مالك فخذها فأخذها فضاعت، والآخذ لا يعلم كم هي؛ قال أبو حنيفة: لا شيء عليه، وقال أبو يوسف ومحمد: عليه مائة درهم، فالكلام لأبي حنيفة ظاهر، وأما الكلام لهما: أن إحدى المائتين مقبوض بجهة اقتضاء الدين، والمقبوض بجهة الشيء يلحق بحقيقة ذلك الشيء؛ عرف ذلك في موضعه، والمقبوض بحقيقة الاقتضاء مضمون؛ لما عرف أن الديون تقضى بأمثالها، فكذا المقبوض بجهة اقتضاء الدين.

وذكر بعد هذه المسائل مسائل هشام عن محمد: رجل له على رجل ألف درهم دين، أعطاه ألفين، وقال: ألف منها قضاء من حقك، وألف تكون وديعة، فقبضها، وضاعت، وقال: هو قابض حقه، ولا يضمن شيئاً؛ لأن في هذه الصورة القبض بجهة الاقتضاء حصل بقدر الألف لا غير.

وفيه أيضاً: رجل له على رجل ألف درهم، فقال: ابعث بها مع فلان، فضاع من يد الرسول، فضاع من مال المديون، وهذا بناءاً على أن يد الرسول يد المديون؛ لأن اختيار الرسول إليه؛ لأن يبعث مال نفسه، ويقول رب الدين: ابعث بها على يد فلان؛ لا يلزمه البعث على يديه، فهو معنى قولنا: إن يد الرسول يد المديون، فلهذا كان الهلاك على المديون.

في «فتاوى النسفي»: أمة أسرت شيئاً من مال اكتسبته في بيت المولى، وأودعته عند رجل، فهلكت في يده، فللمولى أن يضمن المودع؛ لأنها مال المولى أودعته بغير إذن المولى، فكان المودع مودع الغاصب، فيضمن، والله أعلم بالصواب. تم كتاب الوديعة بحمد الله تعالى.

كتاب العارية

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول:

١ ـ في بيان شرط جواز الإعارة، وبيان نوعها وصفتها

٢ ـ في الألفاظ التي تنعقد بها العارية

٣ ـ في التصرفات التي يملكها المستعير في المستعار والتي لا يملك

٤ ـ في خلاف المستعير

٥ ـ في تضييع العارية ما يضمنه المستعير، وما لا يضمن

٦ ـ في رد العارية

٧ ـ في استرداد العارية، وما يمنع من استردادها

٨ ـ في الاختلاف الواقع في هذا الباب، والشهادة فيه

٩ ـ في المتفرقات

الفصل الأول
في بيان شرط جواز الإعارة، وبيان نوعها وصفتها

أما بيان شرطها فنقول: شرط جواز الإعارة كون العين قابلة للانتفاع به مع بقاء العين، وكونه قابلاً لتمليك بمنافعه بعوض بعقد الإجارة حتى كان إعارة الدراهم والدنانير والفلوس قرضاً؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بهذه الأشياء مع بقاء العين، فيقدر العمل بحققة الإجارة في هذه الأشياء؛ لأن الإجارة شرعت لتمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه، فيجعل كناية عن عقد آخر، وأمكن جعله كناية عن القرض؛ لأن العارية متى تحققت كان من حكمها رد العين.

والقرض يوجب أداء المثل قائماً مقام العين، وهذا إذا حصل إعارة الدراهم والدنانير مطلقة، أما إذا عين في الإعارة انتفاعاً يتأتى مع بقاء العين لا يكون قرضاً؛ بل يكون عارية، وذلك يجوز أن يعير من صيرفي دراهم ليحمل بها في حانوته وليصير بها ستمائة، ذكر هذه الزيادة شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب العارية، ويجب أن يكون الحكم في إعارة جميع ما يكال أو يوزن هكذا.

وقال الفقيه أبو بكر فيمن قال لآخر: أعرتك هذه القصعة من الثريد، فأخذها، وأكلها، فعليه مثلها، أو قيمتها بناءً عل ما قلنا إن الإعارة ما لا يمكن الانتفاع مع بقاء العين قرض، قال الفقيه أبو الليث: الجواب هكذا إذا لم يكن بينهما مباسطة، أو دلالة الإباحة ونحوها.

وفي «العيون»: من أخذ رقعة يرقع بها قميصه، أو خشبة يدخلها في بنائه، أو آجرة فهو ضامن؛ لأن هذا ليس بعارية؛ بل هو قرض؛ هذا إذا لم يقل: لأردها عليك؛ أما إذا قال: لأردها عليك فهو عارية، وتصح الإعارة من غير بيان الوقت والمكان، وما يحمل على الدابة؛ لأن جهالة هذه الأشياء في الإعارة لا تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم؛ لأنها لا توجب التسليم، وعند ذلك للمستعير أن ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب؛ كما ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها.

وأما بيان نوعها فهي نوعان: مطلقة ومؤقتة؛ نحو أن يقول في الإعارة شهراً، أو يقول: إلى مكان كذا، أو يقول: يحمل عليها كذا، ففيما كانت مطلقة يجب إجراؤها على إطلاقها، أو فيما كانت مقيدة يجب رعاية القيد فيه.

وأما بيان صفتها، فنقول: صفتها أنها غير لازمة، وللمعير أن يرجع فيها متى شاء؛ لأن الإعارة تبرع بالمنفعة، فلا تكون لازمة قبل قبضها؛ كالتبرع بالعين، وما لم يستوف من المنفعة في المستقبل لم يتصل بها القبض، ومن صفتها أنها ترتفع لمجرد النهي، ويبطل بموت أحدهما أيهما مات.

الفصل الثاني
في الألفاظ التي تنعقد بها العارية

تنعقد العارية بلفظ التمليك؛ حتى أن [١٣١ب/ ٢] من قال لغيره: ملكتك منفعة داري هذه شهراً؛ جعلت لك سكنى داري هذه شهراً؛ كانت عارية، وكذلك إذا قال: داري لك سكنى كانت عارية؛ لأن قوله لك: يحتمل تمليك العين، وتمليك المنفعة، وقوله سكنى يكون تفسيراً لذلك المحتمل، وكذلك إذا قال: عمرتي سكنى كانت عارية لما قلنا، وإذا استعار من آخر أرضاً على أن يبني فيها ويسكنها ما بدا له، فإذا خرج فالبناء لصاحب الأرض، فهذا لا يكون إعارة؛ بل يكون إجارة فاسدة؛ وهذا لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض، ولما شرط البناء لرب الأرض، فقد شرط العوض، وهذا هو معنى الإجارة، والعبرة للمعاني دون الألفاظ؛ ألا ترى أن من قال لغيره: وهبت لك هذه الدار بألف درهم بيعاً، واعتبر المعنى دون اللفظ؛ كذا ههنا.

الفصل الثالث
في التصرفات التي يملكها المستعير في المستعار والتي لا يملك

ليس للمستعير أن يؤاجر المستعار من غيره، وإذا آجر صار ضامناً، وكان الأجر له، ويتصدق به في قول أبي حنيفة ومحمد، وله أن يعير من غيره؛ سواء كان شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع أو لا يتفاوت؛ إذا كانت الإعارة مطلقة، ولم يشترط على المستعير أن ينتفع بنفسه، فأما إذا شرط على المستعير أن ينتفع بنفسه، فله أن يعيرها فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع، وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به. هذا إذا استعار من آخر ثوباً ليلبسه المستعير بنفسه، أو دابة ليركبها المستعير بنفسه، فليس له أن يلبس غيره، وأن يركب غيره؛ لأنه شرط لبسه وركوبه، وهذا شرط مفيد في حق المالك؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس والركوب.

ولو استعار داراً ليسكنها المستعير بنفسه؛ فله أن يسكنها غيره، وإن شرط سكنى المستعير؛ لأن هذا شرط غير مفيد؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى، ولو استعار ثوباً للبس ولم يسم اللابس، أو استعار دابة للركوب ولم يسم الراكب، فله أن يلبس ويركب غيره عملاً بإطلاق العقد، فإن ألبس غيره في هذه الصورة، أو أركب غيره، ثم ركب بنفسه أو لبس بنفسه، أو ركب بنفسه، ثم أركب غيره؛ ظاهر ما ذكر شمس الأئمة السرخسي، وشيخ الإسلام خواهر زاده، أنه لا يضمن. ونص فخر الإسلام علي البزدوي في شرح «الجامع الصغير»: أنه يضمن، وهل له أن يودع؟ اختلف المشايخ فيه؛ قال بعضهم: ليس له أن يودع، وإليه أشار في كتاب الوديعة، فإنه قال ثمة: إذا رد المستعير الدابة على يدي أجنبي فضاعت ضمن، ولو ملك الإيداع لما ضمن.

وإليه أشار في «السير الكبير» أيضاً في باب من يرضخ له من الأولاد وغيره، وقال بعضهم: له أن يودع، وهو اختيار مشايخ العراق، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، والصدر الشهيد برهان الأئمة، وإليه أشار محمد في آخر عارية الأجناس هؤلاء قالوا: ما ذكر في كتاب الوديعة تأول، وتأويله أن الإعارة قد انقطعت فبقي المستعير مودعاً، والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق، ولكن هذا التأويل غير صحيح على ما هو موضوع المسألة في «السير الكبير» فينظر ثمة ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الديات في باب قبل باب .....[1] للمستعير أن يربط الدابة في الدار المستعار؛ لأن ذلك من جملة السكنى، فهلكة المستعير كالمستأجر، ذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من «واقعاته»: أن من أعار رجلاً شيئاً، وقال له: لا تدفع إلى غيرك، فدفع فهلك عنده فهو ضامن؛ لأنه دفع بغير إذنه، هكذا قاله أبو جعفر، قال الصدر الشهيد: مراده من هذه المسألة مال لا يختلف الناس في الانتفاع به، أما المال الذي يختلف الناس في الانتفاع يضمن بالدفع إلى غيره، وإن لم يقل له المالك لا تدفع إلى غيرك، وما ذكر الصدر الشهيد مستقيم فيما إذا كانت العارية مقيدة بشرط على المستعير أن ينتفع به بنفسه، أما إذا كانت الإعارة مطلقة لا يضمن المستعير بالدفع إلى غيره إذا لم يقل له المالك لا تدفع إلى غيرك، وإن كان مالاً يختلف الناس في الانتفاع به، وقد ذكرنا ذلك في أول الفصل.

الفصل الرابع
في خلاف المستعير

استعار من آخر دابة ليحمل عليها شيئاً، فحمل عليها غير ذلك، فهذه المسألة على أربعة أوجه:

الأول: أن يحمل عليها غير ما سماه المالك، إلا أنه مثل ما سماه المالك في الضرر على الدابة من جنسه؛ بأن استعار ليحمل عشرة مخاتم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتم من حنطة أخرى، أو ليحمل عليها حنطة نفسه، فحمل عليها حنطة غيره، وفي هذا الوجه لا ضمان عليه؛ لأن هذا التقييد لم يعتبر إذ لا فائدة فيه.

الثاني: إذا خالف في الجنس بأن استعار ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة، فحمل عليها عشرة أقفزة شعير فهلكت لا ضمان عليه استحساناً؛ لأن هذا أقل ضرراً بالدابة، فأما إذا حمل عليها أكثر من عشرة مخاتم من الشعير؛ إلا أنه في الوزن مثل الحنطة؛ ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يضمن مطلقاً، وذكر الشيخ الإمام الزاهد شيخ الإسلام: أنه لا يضمن استحساناً، وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند

---

(١) بياض بالأصل.

استوائهما وزناً؛ لأنه يأخذ من موضع الحمل من الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة، فصار ذلك داخلاً في الإذن.

الثالث: إذا خالف إلى ما هو أضر بالدابة؛ بأن استعارها ليحمل عليها حنطة، فحمل عليها آجراً أو حديداً أو لبناً مثل وزن الحنطة فهو ضامن؛ لأن هذا يأخذ من ظهر الدابة أقل، فكان أدق على الدابة، فيكون أضر بالدابة، وكذا إذا حمل عليها في هذه الصورة قطناً أو تبناً أو حطباً أو تمراً؛ لأن هذا يأخذ ما وراء موضع الحمل، وذلك أضعف فيكون أضر بالدابة.

الرابع: أن يخالف في أن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتم حنطة، فحمل عليها خمسة عشر مختوماً، فهلكت الدابة، وفي هذا الوجه يضمن ثلث قيمتها، وهذا بخلاف ما إذا استعار ثوراً ليطحن به عشرة مخاتم حنطة، فطحن أحد عشر حيث يضمن جميع قيمة الدابة.

وموضع الفرق: أول كتاب العارية من شرح شمس الأئمة السرخسي، وهذا إذا كانت الدابة تطيق حمل خمسة عشر مختوماً، فإن كانت لا تطيق يصير متلفاً لها، فيضمن جميع قيمة الدابة، أخذ المستعير في مكان آخر ضمن، وإن كانا في المسيل مثل الطريق المشروط؛ لأن الطرق متفاوتة في السهولة والصعوبة، في الخشونة واللين، فكان خلافاً إلى شر.

استعار دابة ليركبها هو، فحمل مع نفسه [١٣٢أ/٢] رجلاً وهلكت الدابة؛ ضمن النصف، ولا يعتبر الثقل، والخفة كما يعتبر في حق الأحمال؛ قالوا: وهذا إذا كانت الدابة تطيق حمل رجلين، فأما إذا كانت لا تطيق حمل رجلين؛ ضمن الكل.

إذا استعار الدابة من آخر ليركبها إلى مكان معلوم، وأخذ بها في طريق آخر، فعطبت؛ هل يضمن؟ فهذا على وجهين: إن ذهب بها إلى ذلك المكان في طريق لا يسلكه الناس، فهو ضامن، وإن كان طريقاً مسلوكاً لا يضمن؛ وذلك لأنه لما استعارها للذهاب إلى المكان المسمى، ولا يمكنه الذهاب إليه إلا بطريق؛ لأنه من إدخال الطريق تحت الإذن، فأدخلنا تحت الإذن الطريق المسلوك باعتبار العرف، والعادة لا غير المسلوك، وإذا أدخل تحته المسلوك صار كأنه نص على ذلك، فقال: اذهب إلى مكان كذا في طريق يسلكه الناس، ولو نص على هذا إذا ذهب بها في طريق لا يسلكه الناس، يصير ضامناً، فإذا ذهب بها في طريق يسلكه الناس لا يضمن، فكذا هذا.

وفي «فتاوى» شمس الإسلام محمود الأوزجندي: إذا سلك طريقاً ليس هو طريق الجادة، وهو الذي يقال بالفارسية: يريبه يضمن.

استعار دابة ليركبها في حاجة مسماة إلى ناحية من نواحي الكوفة، فأخرجها إلى الفرات ليسقيها، والناحية التي استعارها إليه من غير ذلك المكان، فهلكت، فهو ضامن لها؛ لأنه أخرجها في ناحية لم يؤذن له في الإخراج إليها أصلاً من غير ضرورة؛ لأنه يمكنه سقيها بالإخراج في الناحية التي أذن له بالركوب فيها، فيصير متعدياً ضامناً.

استعار من آخر ثوراً ليكرب[1] أرضه، وعين الأرض، فكرب أرضاً أخرى غير تلك الأرض، وعطب الثور، فهو ضامن؛ لأنه خالف شرطاً مفيداً؛ لأن الأراضي يتفاوت كرابها من حيث الصعوبة، والسهولة تفاوتاً فاحشاً، وإذا استعار دابة إلى مكان مسمى، فجاوز المستعير ذلك المكان، ثم عاد إليه، فهو ضامن لها حتى يردها على المالك قبل هذا إذا استعارها إلى ذلك المكان ذاهباً لا جائياً، فأما إذا استعارها ذاهباً وجائياً، فإذا أتى ذلك المكان المسمى يبرأ عن الضمان؛ وهذا لأنه إذا استعار ذاهباً لا جائياً، فإذا بلغ ذلك المكان انتهى العقد، فإذا جاوزه دخل العين في ضمانه، فإذا عاد إليه فقد عاد إلى الوفاق.

ألا ترى أن المودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق، والعقد منتهٍ بأن كان مؤقتاً لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك، فكذا هذا، فأما إذا استعار ذاهباً وجائياً، فإذا عاد إلى ذلك المكان، فقد عاد إلى الوفاق، فالعقد باق، فيبرأ عن الضمان؛ كالمودع إذا عاد إلى الوفاق والعقد باق، فهذا القائل يسوي بين المودع وبين المستعير، وبين المستأجر إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، ويقول ببراءة الكل عن الضمان.

ومن المشايخ من قال في مسألة العارية: لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها على المالك سواء استعارها ذاهباً وجائياً، أو ذاهباً لا جائياً، وهذا القائل يقول بأن المستعير والمستأجر إذا خالفا، ثم عادا إلى الوفاق لا يبرأان عن الضمان بخلاف المودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق، والقول الأول أشبه، والتفصيل الذي ذكرنا في مسألة العارية مذكور في الشروط و«النوادر»، وإليه أشار محمد في عارية «الأصل»، وبه أخذ الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله.

الفصل الخامس
في تضييع العارية ما يضمنه المستعير، وما لا يضمن

إذا كان على دابة بإجارة أو عارية، فنزل عنها في السكة، ودخل المسجد ليصلي، فخلى عنها فهلكت، قال: هو ضامن لها، وكذلك إذا أدخل الحمل بيته، وخلى عنها في السكة فهلكت، فهو ضامن لها، من مشايخنا من قال: هذا إذا لم يربطها بشيء، أما إذا ربطها لا يضمن؛ لأنه متعارف، ومنهم من قال: يضمن على كل حال، وإطلاق محمد يدل عليه، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب العارية؛ وهذا لأنه لما دخل المسجد أو البيت، وتركها خارج المسجد أو البيت، ألا ترى أنه لو سرق سارق في هذه الحالة لا يقطع.

قال محمد في «الكتاب»: ولو كان يصلي في صحراء، فنزل عن الدابة وأمسكها فانفلتت منه، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يترك حفظها، فهذه المسألة دليل على أن المعتبر

---

(١) الكَرْبُ: إثارة الأرض للزرع. وهو الحرث.

أن لا يغيبها عن بصره.

وفي «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد: استعار دابة، أو استأجرها إلى المقابر يشيع جنازة فركبها ثم رجع، فدفع بها إلى إنسان ليصلي، فسرقت، فلا ضمان على المستعير ولا على المستأجر، وصار الحفظ بنفسه في هذا الوقت مستثنى عن العقد.

وفي «فتاوى الفضلي»: عن محمد فيمن استعار دابة فحضرت الصلاة، فدفعها إلى غيره ليمسكها فضاعت، قال: إن كان شرط في العارية ركوب نفسه ضمن، وإلا فلا يضمن؛ لأن في الأول لا يملك الإعارة، وفي الثاني يملك، ومن ملك الإعارة يملك الإيداع.

وفيه أيضاً: رجل استعار ذهباً، فقلد صبياً، فسرق، فهذا على وجهين؛ إما إن كان الصبي يضبط ما عليه، أو لا، ففي الأول: لا يضمن؛ لأنه لم يضيع، وفي الوجه الثاني: يضمن؛ لأنه لم يضيع.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: امرأة استعارت من امرأة سراويل لتلبسه، وهي تمشي، فزلقت رجلها، فتخرق السراويل؛ لا ضمان عليها؛ لأنه لا صنع لها فيه.

وفيه أيضاً: رجل استعار ثوراً من رجل على أن يعيره ثوره يوماً، ثم جاء ليستعير ثوره وكان الرجل غائباً، فاستعار من امرأته، فدفعت إليه، فذهب به إلى الأرض فضاع ضمن؛ لأنه قبض بغير إذن المالك.

وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل استعار من رجل بقراً، فاستعمله، ثم تركه في المرج، فضاع، فهذا على وجهين: إما إن علم أن المعير يرضى بكونه فيها يرعى وحده كما هو عادة بعض أهل الرساتيق، أو لم يعلم ذلك عنه؛ بأن كانت العادة مشتركة، ففي الوجه الأول لا يضمن؛ لأنه تركه في المرج بإذنه، وفي الوجه الثاني يضمن؛ لأنه تركه بغير إذنه.

وفيه أيضاً: رجل طلب من رجل ثوراً عارية، فقال له المعير: أعطيك غداً، فلما كان الغد أخذ المستعير الثور بغير إذنه، واستعمله، ومات في يد المستعير؛ ضمن؛ لأنه أخذ بغير إذنه، ولو رده فمات عنده لا ضمان عليه؛ لأنه بالرد بريء عن ضمانه، وفي «مجموع النوازل»: إنه لا ضمان على المستعير، وإن مات في يده قبل الرد على المالك.

دخل الحمام واستعمل القصاع، فوقعت من يده وانكسرت، فلا ضمان، وكذا إذا أخذ كوز الفقاع، فسقط وانكسر فلا ضمان؛ لأنه عارية في يده، ولم يوجد منه التعدي.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: امرأة أعارت شيئاً بغير إذن الزوج؛ إن أعارت من متاع البيت مما يكون [١٣٢ب/ ٢] في أيديهن عادة فضاع فلا ضمان؛ لأنها أعارت بإذن الزوج.

وفي «الأصل»: إذا كانت العارية مؤقتة بوقت، فأمسكها بعد الوقت، فهو ضامن لها، ومن مشايخنا من قال: هذا إذا انتفع به بعد مضي المدة، فأما إذا لم ينتفع به فلا ضمان، ومنهم من قال: يضمن على كل حال.

وفرق هذا القائل بين العارية، وبين الوديعة، فإن الوديعة إذا كانت مؤقتة بوقت،

فأمسكها المودع بعد مضي الوقت، وهلكت في يده لا يضمن ما لم ينتفع به، وكذلك المستأجر إذا أمسك المستأجر بعد مضي المدة لا يضمن ما لم ينتفع به، والفرق: أن الرد على المستعير، فكأنه قال له صاحب العارية: ردها علي بعد مضي اليوم، فإذا لم يرد صار مانعاً العارية بعد الطلب، فيصير ضامناً؛ بخلاف المودع والمستأجر، ويستوي فيه أن تكون العارية مؤقتة نصاً أو دلالة، حتى قيل: إن من استعار من آخر قدوماً ليكسر به حطباً، فكسر الحطب، وأمسكه حتى هلكت؛ ضمن.

إذا ربط المستعير الحمار على الشجر بالحبل الذي عليه، فوقع الحبل في عنقه، ومات؛ لا يضمن المستعير.

هكذا حكى فتوى شمس الإسلام محمود الأوزجندي: رجل استعار من رجل دابة، فنام المستعير في المفازة، ومقودها في يده، فجاء إنسان وقطع المقود وذهب بالدابة؛ لا ضمان عليه، ولو مد المقود من يده وأخذ الدابة، وهو لم يشعر بذلك ضمن؛ لأن في الوجه الأول: غير مضيع، وفي الوجه الثاني: مضيع؛ إذا نام بصفة أمكن مد المقود من يده هكذا ذكر في «فتاوى أبي الليث» قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: ويجب أن يكون تأويله إذا نام مضطجعاً؛ أما إذا نام جالساً لا؛ لأنه لو نام جالساً، والمقود ليس في يده لا يعد مضيعاً، فإنه نص أن المودع إذا نام جالساً، فسرقت الوديعة؛ لا ضمان عليه، والمودع والمستعير في هذا الأمر سواء؛ نص على التسوية شمس الأئمة السرخسي في كتاب وديعة السرقة.

قالوا: فإنما يجب الضمان بالنوم مضطجعاً إذا كان في الحضر؛ أما إذا كان في السفر، فلا، وعلى هذا إذا وضع المستعار بين يديه، ونام قاعداً؛ لا ضمان عليه، وإن نام مضطجعاً يضمن؛ إذا كان في الحضر.

وقد وقعت في زماننا: أن رجلاً استعار مراً ليسقي به أرضه، ففتح النهر ووضع المر تحت رأسه، ونام مضطجعاً كما هو عادة أهل الرستاق، فسرق منه، فأفتوا أنه لا يضمن، ولو وضع المستعار تحت رأسه، أو تحت جنبه، ونام عليه مضطجعاً؛ لا يجب الضمان.

في «الأصل»: جاء رجل إلى المستعير، وقال: إني استعرت من فلان هذا الذي هو عارية عندك من جهته، وأمرني أن أقبضه منك، فصدقه المستعير، ودفعه إليه، فضاعت الوديعة في يده، ثم جاء المالك، وأنكر أن يكون أمره بذلك، فالقول قول المالك، والمستعير ضامن؛ لأنه دفع مال المالك إلى غيره، وإنه سبب الضمان يوجبه الأصل، إلا إذا كان بإذن المالك، ولم يثبت الإذن ههنا لما أنكر المالك ذلك.

فإن قيل: لماذا لا يجعل هذا إعارة من المستعير الأول من غيره حتى لا يجب عليه الضمان.

قلنا: إذا أعار المستعير من غيره إنما لا يضمن؛ لأنه يقيم يده مقام يد نفسه، وههنا تسليمه إلى الثاني لم يكن بهذا الطريق.

ألا ترى أن ثمة لو أراد المستعير استرداده من يد الثاني له ذلك، وفي الفصل

الثاني: لو أراد المستعير استرداده من يد الثاني ليس له ذلك، وإذا طلب المعير العارية فمنعها المستعير عنه، فهو ضامن وهذا ظاهر، وإن لم يمنعه منه، ولكن قال لصاحبه: دعه عندي إلى غدٍ ثم أرد عليك فرضي بذلك، ثم ضاع لا ضمان عليه؛ لأنه أعاره مرة أخرى؛ هكذا ذكر المسألة في «الأصل»، وذكر في «فتاوى أبي الليث» هذه المسألة في صورة أخرى، فقال: إذا قال المستعير: نعم أدفع، وفرط في الدفع حتى مضى شهر، ثم سرق من المستعير؛ جعلها على وجهين:

الأول: أن يكون المستعير عاجزاً عن الرد وقت الطلب، وفي هذا الوجه لا ضمان.

والوجه الثاني: أن يكون المستعير قادراً على الرد وقت الطلب، وإنه على وجوه ثلاثة؛ إما إن نص المعير على السخط، أو لم ينص على السخط، والرضا، وفي هذين الوجهين يجب الضمان، وإما إن نص على الرضا وقال: لا بأس به، وفي هذا الوجه لا ضمان، ويكون هذا منه ابتداءاً إعارة، وإذا أرسل الرجل رسولاً إلى غيره، وهما ببخارى استعير له دابة منه إلى بيوت سكنه، فذهب الرسول إلى صاحب الدابة، وقال: إن فلاناً يقول: أعرني دابتك إلى سمرقند، فدفعها إليه، فجاء الرسول بالدابة إلى المستعير، ودفعها إليه؛ ثم بدا للمستعير أن يركبها إلى سمرقند، وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول، فركبها، وهلكت الدابة تحته، فلا ضمان؛ لأنه ركبها إلى سمرقند بإذن المالك.

فإن قيل: المستعير لم يحضر يسمع إذن المالك بالركوب إلى سمرقند، والإذن السماع لا يصح.

قلنا: لا بل سمع اعتباراً حيث سمع رسوله، ولو ركبها إلى ....[1] وباقي المسألة بحالها، فهو ضامن؛ لأنه ركبها بغير إذن المعير.

رجل استعار من رجل ثوراً يساوي خمسين درهماً، فقرنه مع ثور يساوي مائة، فعطب ثور العارية، فهذا على وجهين: إن كان الناس يفعلون مثل ذلك عادة يعني يقرنون ثوراً يساوي خمسين بثور يساوي مائة، فلا ضمان لوجود الإذن به دلالة عرفاً، وإن كانوا لا يفعلون مثل ذلك، فهو ضامن في «فتاوى أبي الليث».

وفيه أيضاً: رجلان يسكنان في بيت واحد؛ كل واحد منهما زاوية فاستعار واحد منهما من صاحبه شيئاً، فطالبه المعير بالرد، فقال المستعير: وجدتها في الطاق الذي في زاويتك، وأنكر المعير، فإن كان البيت في أيديهما لا ضمان عليه؛ لأنه إن لم يثبت الرد لكن لم يصر المستعير مضيعاً بالوضع في الطاق، فلا يضمن.

سئل أبو بكر رضي الله عنه: عن معير الكتاب طلب رد الكتاب عليه، وأنعم له فذهب ثم أخبره بالضياع، قال: إن كان المستعير يرجو وجوده ولم ييأس عنه لم يضمن، وإن كان آيساً عن وجوده، ووعده في رده ثم أخبره أنه كان ضائعاً، فعليه الضمان، وهذا

(١) بياض بالأصل.

التفصيل خلاف ما ذكر محمد، فقد ذكر أنه إذا وعد له الرد ثم أخبره بالضياع قبل ذلك، فلا ضمان.

وفيه أيضاً: بعث الرجل أجيره إلى رجل ليستعير منه دابته، فأعارها وعليها عنانه فسقطت العنان إن سقطت العنان بعنف الأجير، فهو ضامن، وإلا فلا ضمان.

وفيه أيضاً: استعار من آخر ثوباً . . . .(١) ويقال بالفارسية: «خواره»، فضاع السير من . . .(١)، فلا ضمان على المستعير إذا لم يترك حفظه.

وفيه أيضاً: سئل نصير عمن استعار حماراً إلى الطاحونة، فأدخله في المربط الذي هناك، ووضع على الباب خشباً كيلا يخرج الحمار، فسرق، قال: إن استوثق وثيقه لا يقدر الحمار على الذهاب، فلا ضمان؛ لأنه غير مضيع.

وفي «الجامع الأصغر»: امرأة استعارت ملاءة [١٣٣أ/ ٢] فوضعتها داخل الدار، والباب مفتوح، فصعدت السطح، فلما نزلت لم تجد المرأة الملاءة؛ قيل: لا ضمان عليها، وقيل: هي ضامنة.

العبد المحجور إذا استعار من آخر شيئاً واستهلكه، فهذا على الخلاف المعروف فيما إذا كان مودعاً واستهلكه، عبد محجور عليه أعار عبداً محجوراً عليه شيئاً، فاستهلكه المستعير منه واستحق المستعار رجل فله الخيار؛ إن شاء يضمن أيهما شاء؛ لأن الأول غاصب، والثاني غاصب الغاصب، فإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول؛ لأنه ضمن بسبب القبض، وفي القبض عامل لنفسه.

ألا ترى أنه لو كان الثاني حراً لا يرجع على أحد بشيء، وإن ضمن الأول فلمولاه أن يرجع بما ضمن على الثاني بخلاف الحر؛ وذلك لأن الحر بالضمان يملك المستعار؛ حيث إنه أعار ملك نفسه، والعبد إذا ضمن، فالملك يثبت لمولاه، فيصير الأول معيراً ملك مولاه، والعبد إذا أعار ملك مولاه، وهلك في يد المستعير؛ كان للمولى أن يضمن المستعير.

وفي «مجموع النوازل»: رجل باع من رجل حصيراً، وأعاره حماره حتى يحمله عليه، وقال له عذاره، ومشية لا يحل عينه فقال: أفعل؛ فلما سار ساعة خلى عن عذاره، وأسرع في المشي فسقط، فانكسر، فعليه ضمان الحمار.

وفيه أيضاً: إذا استقرض القروي ثوراً فأغار عليه الأتراك فلا ضمان على المستقرض قال: لأن هذا عارية، فإن من عادة أهل القرى أنهم يستقرضون الثور؛ بعضهم من بعض يوماً أو ما أشبه ذلك، وينتفعون به؛ ثم يردونها، ويدفعون ثور أنفسهم بعد ذلك إلى صاحب الثور لينتفع هو بالثور الثاني حسب انتفاع الأول بالثور الأول؛ ثم يرده على صاحبه، فهذا في معنى العارية فيها.

وقول محمد في «الكتاب»: إن استقراض الحيوان يوجب الضمان فذلك فيما دفع

---

(١) بياض بالأصل.

إليه حيواناً استهلكه وينتفع به، ثم يدفع إليه حيواناً آخر مكانه، فيأخذه المستقرض للتملك دون الانتفاع، ورد عينه بعد ذلك.

الفصل السادس
في رد العارية

قال محمد في «الأصل»: إذا رد المستعير الدابة مع عبده أو بعض من في عياله، فلا ضمان عليه؛ كما في الوديعة، وهذا هو العرف في الظاهر فيما بين الناس أن المستعير بعدما فرغ من الانتفاع يرد العارية على يدي غلامه أو بعض من في عياله، وإن ردها على عبد صاحب الدابة عبد القوم عليها، وتعاهدها يبرأ عن الضمان، وأراد به ضمان الرد لا ضمان العين؛ لأن ضمان العين لم يجب بعد؛ أما ضمان الرد واجب، فانصرفت البراءة إلى ما كان مضموناً عليه، ولو هلكت الدابة بعد ذلك في يد العبد لا يضمن ضمان العين؛ قال شمس الأئمة السرخسي: وهذا استحسان.

والقياس: أن يضمن كما لو رد الوديعة على يدي من في عيال صاحب الوديعة، والفرق على جواب الاستحسان العرف، فإن الظاهر فيما بين الناس أن سائس الدابة هو الذي يسلم الدابة إلى المستعير عند الإعارة، وهو الذي يسترد منه عند الفراغ عن الحاجة، ومثل هذا العرف لا يوجد في الوديعة، فإن صاحب الوديعة يتولى أخذها، وإنما أودعها؛ لأنه لم يرضَ بكونها في يدي من في عياله؛ قال شيخ الإسلام: وعلى قياس ما ذكر في العارية يجب أن يقال بأن الغاصب إذا رد المغصوب على عبد المغصوب منه عبداً يقوم على الدابة أنه يبرأ عن الضمان، فأما إذا رد المستعير الدابة على عبد لا يقوم عليها، ولا يحفظها؛ هل يبرأ عن ضمان الرد؛ ذكر شيخ الإسلام وقال: يجب أن لا يبرأ كما في الغاصب إذا رد الدابة المغصوبة على عبد لا يقوم عليها، فإنه لا يبرأ عن ضمانها، وهل يضمن ضمان العين إذا ضاع في يده لم يذكر محمد هذه المسألة ههنا صريحاً، وذكر شمس الأئمة السرخسي ما يدل على أنه يضمن.

فإنه قال في المستعار: لو كان عقد لؤلؤة، فردها على عبد يقوم على الدواب فهو ضامن ما لم تصل إلى المالك.

وهكذا ذكر في «المنتقى» أيضاً: فإنه قال: إذا كانت العارية عقد لؤلؤة فردها على عبدٍ لا يقبض مثله مثلها إنه يضمن، وذكر شيخ الإسلام: أن هذه المسألة تكون على القياس والاستحسان؛ القياس: أن يضمن، وفي الاستحسان: لا يضمن؛ كما لو ردها إلى منزله أو ربطها، وضاع ثمة يضمن قياساً ولا يضمن استحساناً؛ لأن المنزل في يد المولى حكماً، فالرد إلى منزله أو الربط يكون رداً على المالك حكماً، فكذا العبد الذي لا يقوم على الدابة في يد المولى حكماً، فكان الرد عليه كالرد على المولى.

وأشار محمد رحمه الله بعد هذه المسألة بمسائل إلى أنه لا يضمن قياساً

واستحساناً، فقد قال: إذا رد المستعير الدابة، فلم يجد صاحبها ولا خادمه، فربطها في دار صاحبها على معلفها فضاعت؛ لا يضمن استحساناً، فقد شرط الاستحسان عدم صاحبها وخادمه مطلقاً من غير فصل بين خادم يقوم عليها، أو لا يقوم عليها، فهذا إشارة إلى أنه إذا ردها إلى عبد لا يقوم عليها إنه لا يضمن قياساً واستحساناً؛ هذا هو الكلام في العارية.

وأما الكلام في الوديعة، فقد ذكرنا في كتاب الوديعة: أن المودع إذا رد الوديعة على عبد صاحبها أنه ضامن من غير فصل، وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب العارية: أن الجواب في الوديعة كالجواب في العارية، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب العارية: أن المودع ضامن على كل حال؛ كما ذكرنا في كتاب الوديعة، وهكذ ذكر القدوري في «شرحه»، والفقيه أبو الليث في «فتاويه».

الفصل السابع
في استرداد العارية، وما يمنع من استردادها

ذكر الحاكم الشهيد في «المنتقى» عن محمد؛ فيمن استعار من آخر أرضاً ليزرعها، فأعارها إياه، وأذن له في ذلك إلى أن أدرك زرعه فزرعها ثم أراد صاحبها أن يأخذها قبل أن تستحصد، فالمزارع بالخيار؛ إن شاء قلع الزرع، وإن شاء كانت الأرض عليه بأجر مثلها إلى أن يستحصد الزرع؛ وهذا لأن المزارع محق في الزراعة؛ لأنه زرع بإذن رب الأرض، فيجب مراعاة حقه في الزرع؛ كما يجب مراعاة حق رب الأرض في الأرض، وذلك بترك الأرض في يد صاحب الزرع إلى وقت إدراك الزرع بالإجارة أو أن صاحب الزرع قلع الزرع؛ لأنه فيه قطع حق صاحب الأرض عن منفعة الأرض مدة معلومة بعوض مع مراعاة حق المزارع في الزرع من كل وجه، وذكر محمد هذه المسألة في «المبسوط»، وذكر فيها القياس والاستحسان.

القياس: أن يكون لصاحب الأرض أن يخرج الأرض من يد المستعير؛ سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة، وفي الاستحسان: أن لا يخرج الأرض من يده.

وذكر في «المنتقى»: ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن زرع أرض غيره لنفسه بإذن صاحب الأرض، ثم أراد رب [١٣٣ب/ ٢] الأرض أن يخرج الأرض من يده بعدما زرعها ليس له ذلك حتى يستحصد الزرع؛ لأن التغرير بالمؤمن حرام، فإذا استحصد الزرع ذكر في بعض روايات «المبسوط» أن صاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر، ولم يذكر هذا في بعض الروايات وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ يقول: إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا أجر الأرض منه صاحب الأرض أو القاضي، فأما بدون ذلك لايجب الأجر؛ لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد.

وعبارة «المنتقى» وإن شاء المزارع كانت الأرض عليه بأجر مثلها، ولم يشترط إجارة رب الأرض، والقاضي.

وعبارة شمس الأئمة السرخسي في «شرحه»: إنه يترك الأرض في يد المزارع بأجر المثل من غير اشتراط إجارة رب الأرض. أو القاضي، وإن أبى المزارع أن تكون الأرض في يده بأجر المثل وكره قلع الزراع أيضاً، وأراد أن يضمن رب الأرض قيمة الزرع، وقال: زرعي متصل بأرضك، فأشبه الصبغ المتصل بثوبك، فلي أن أضمنك قيمته كما في الصبغ؛ لم يذكر هذه المسألة في «الأصل»، وذكر في «المنتقى» في موضع أن له ذلك إلا إن رضي رب الأرض أن يترك الزرع في أرضه حتى يستحصد أو يكون ذلك منه وفاءً بالشرط الذي شرط في عقد العارية، فلا يلزمه شيء آخر، وقال في موضع آخر: ليس للمزارع أن يضمن رب الأرض قيمة الزرع.

قال في «المنتقى»: وإن أراد رب الأرض أن يعطي المزارع بذره ونفقته ويخرج الأرض من يده، ويكون الزرع له؛ يعني لرب الأرض، ورضي المزارع به، فإن كان لم يطلع من الزرع شيء لا يجوز، وإن كان الزرع قد خرج جاز؛ لأن المزارع يصير بائعاً الزرع، وبيع الزرع قبل أن يخرج لا يجوز بلا خلاف، وبعد أن يخرج فيه كلام، وأشار ههنا إلى الجواز.

ولو استعار داراً ليبني فيها بناءً، أو أرضاً ليغرس فيها نخلاً ففعل ثم أراد رب الدار والأرض أن يخرجه، فله ذلك؛ سواء كانت العارية مطلقة، أو مؤقتة ولا يضمن صاحب الدار والأرض قيمة البناء والأشجار؛ إن كانت العارية مطلقة عند علمائنا، ويضمنها إن كانت العارية مؤقتة، وأراد إخراجه قبل الوقت؛ هكذا ذكر المسألة في «الأصل»، وذكر في «المنتقى» عن أبي حنيفة أن عليه قيمة البناء سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة، فصار في العارية المطلقة عن أبي حنيفة روايتان.

وجه ما ذكر في «المنتقى»: أن البناء للدوام، وقد أذن له في ذلك فبالإخراج يصير غاراً، فلدفع الغرور أوجبنا القيمة. وجه ما ذكرنا في «الأصل»: أن الثاني معير، وليس بغرور؛ لأنه بنى هذا البناء معتمداً على إذنه مع علمه أن البناء بهذا الإذن على الجواز دون اللزوم، وأما إذا كانت العارية مؤقتة، وأراد إخراجه قبل الوقت يغرم قيمة البناء والأشجار قائماً يوم الاسترداد باتفاق الروايات؛ لأن التوقيت غير محتاج إليه لتصحيح العارية، وإنما فائدته ضمان تبعية البناء إلى هذا الوقت، وضمان قيمة البناء إن أخرجه قبل الوقت، وإنما يعتبر قيمة البناء قائماً؛ لأن القلع والنقض غير مستحق عليه قبل الوقت ولهذا يضمن له، وإذا لم يكن القلع مستحقاً عليه كان حقه في بناء قائم بغير الاسترداد، فيعتبر قيمته.

كذلك هذا إذا أراد صاحب الأرض إخراجه قبل الوقت، وإن مضى الوقت، فصاحب الأرض يقلع عليه الأشجار والبناء، ولا يضمن شيئاً عندنا؛ لأن القلع بعد الوقت مشروط يقتضي ذكر الوقت فيعتبر بما لو كان مشروطاً نصاً؛ قال: إلا أن يضر القلع بالأرض، فحينئذٍ صاحب الأرض يتملك البناء، والأغراس بالضمان، ويعتبر في الضمان قيمته مقلوعاً؛ لأن القلع مستحق عليه بعد الوقت؛ بخلاف ما لو أراد إخراجه قبل الوقت حيث يضمنه قيمته قائماً؛ لأن النقض والقلع هناك غير مستحق عليه، فكان حق

المستعير في البناء القائم، وفي الأشجار القائمة.

في «النوازل»: رجل استعار من رجل داراً، وبنى فيها حائطاً بالتراب، ويقال بالفارسية: باجنره، واستأجر الأجراء بعشرين درهماً، وكان ذلك بغير إذن رب الدار، ثم إن صاحب الدار استرد الدار منه، فليس للمستعير أن يرجع بما أنفق؛ لأنه فعل بغير إذنه، وهل له أن ينقض الحائط؟ إن كان قد بناه من تراب من صاحب الأرض، فليس له ذلك؛ لأنه لا يفيد؛ لأن بالهدم يعود تراباً، والتراب حق صاحب الدار، والله أعلم.

الفصل الثامن
في الاختلاف الواقع في هذا الباب، والشهادة فيه

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: رجل استعار من رجل دابة ليركبها إلى حمام أعس فجاوز بها إلى حمام أعس ثم رجع إلى حمام أعس أو إلى الكوفة، والدابة على حالها، ثم عطبت الدابة، فقال رب الدابة: قد خالفت، ولم تردها إلى الموضع الذي أذنت لك، فقال المستعير: قد خالفت فيها، ثم رجعت بها إلى الموضع الذي أذنت لي، فلا ضمان عليَّ، فالقول قول رب الدابة، و المستعير ضامن؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان، وهو المجاوزة عن المكان المسمى، ثم ادعى ما يبرئه، وهو العود، فلا يصدق إلا بحجة، فإن أقام البينة أنه قد ردها إلى الكوفة، أو إلى الموضع الذي أخذها إليه، ثم نفقت بعدما ردها، قال: هو ضامن لها حتى يرجعها إلى صاحبها، وتأويله أنه استعارها إلى ذلك المكان ذاهباً جائياً، ومتى كان كذلك كان ضامناً؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه عاد إلى المكان المشروط؛ فإنه لا يبرأ؛ لأنه عاد إلى الوفاق، فالعقد منتهٍ، فلا يبرأ عن الضمان، فأما إذا كان ذاهباً وجائياً يبرأ عن الضمان متى أظهر البينة أنه عاد إليه كما لو تمت معاينته، ولو تمت معاينته بريء؛ لأنه عاد إلى الوفاق، والعقد قائم، فيبرأ عن الضمان.

إذا قال: أعرتني دابتك وهلكت، وقال المالك: غصبتها مني، فلا ضمان عليه إن لم يكن ركبها، وإن كان قد ركبها، فهو ضامن، ولو قال: أعرتني، وقال المالك: ركبها وهلكت من ركوبه، فالقول قول الراكب، ولا ضمان عليه.

وفي «القدوري»: وإن اختلف المعير والمستعير في الأيام أو في المكان أو فيما يحمل عليه، فالقول قول رب الدابة مع يمينه؛ لأن الإذن من جهته مستفاد، فكان القول قوله.

وفيه أيضاً: وإذا تصرف المستعير، وادعى أن المعير أذن له وجحد المعير، فهو ضامن؛ إلا بقوم البينة على الإذن؛ لأن سبب الضمان قد تحقق، فإذا ادعى الإذن، فقد ادعى المسقط، فلا يفضل إلا بحجة. [١٣٤أ/ ٢]

وفي «المنتقى»: رجل قال لغيره: أعرتني هذه الدار، أو هذه الأرض لأبنيها، أو

أغرس فيها ما بدا لي من النخل أو الشجر، فغرستها هذا النخيل، وبنيتها هذا البناء، وقال المعير: أعرتك الدار والأرض وفيها هذا البناء والأغراس، فالقول قول المعير؛ لأن البناء والأغراس بحكم الاتصال صار وصفاً للأرض بمنزلة أوصاف الحيوان.

وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المعير أيضاً؛ لأن الإعارة لا تكون إلا بعد سابقة الاستعارة، فالمعير ببينته أثبت استعارته الأرض مع البناء والأغراس، وباستعارة الأرض مع البناء والإغراس يصير مقراً بالبناء والإغراس.

الفصل التاسع
في المتفرقات

رد المستعار على المستعير، ورد المستأجر على الآجر، والعبرة لما يعود ويحصل.

فالحاصل للآجر بدل المنفعة، وللمستأجر المنفعة، وبدل المنفعة عين فكان خيراً من المنفعة، فكان مؤنة الرد عليه.

والحاصل للمستعير المنفعة، والمعير لا شيء له، فإنما يعود إليه ملكه لا غير، فكان المستعير أسعد حالاً، فكان مؤنة الرد على المستعير ذكره الصدر الشهيد في باب من المسائل المتفرقة من كتاب الإجارة، وفي «الواقعات» نفقة العبد المستعار على المستعير، وكسوته على المعير؛ لأن بقاء المنفعة الحالية بالنفقة، والمنفعة تعود إلى المستعير، ولا كذلك الكسوة.

قال أبو نصر: لو أن رجلاً استعار من رجل عبداً فطعام العبد على المستعير، ولو أن مولى العبد أعاد العبد فطعامه على المعير؛ قال الفقيه أبو الليث: يعني إذا قال مولى العبد: خذ عبدي، واستخدمه من غير أن تستعيره، فإن هذا بمنزلة الوديعة، فطعامه على مولاه.

في «المنتقى»: إذا قال لغيره: أعرني ثوبك، فإن ضاع فأنا له ضامن، فلا ضمان عليه، وهذا الشرط باطل؛ لأنه يخالف قضية التبرع، وكذلك هذا الحكم في سائر الأمانات؛ نحو الودائع وغيرها.

وفيه أيضاً: بشر عن أبي يوسف في المستعير إذا خرج بالدابة، أو الثوب من المصر، فاستعمله، فهو ضامن، وإن خرج به ولم يلبس، ولم يركب؛ ضمن في الدابة، ولم يضمن في الثوب؛ معنى المسألة استعار ثوباً، أو دابة في المصر حتى تقيد الإذن بالاستعمال في المصر لما أن الاستعمال خارج المصر يخالف الاستعمال في المصر، ثم خرج بهما عن المصر إن استعمل الثوب والدابة، فهو ضامن، وإن لم يستعملهما ففي الثوب لا ضمان؛ لأنه حافظ له خارج المصر؛ كما هو حافظه في المصر؛ بخلاف الدابة؛ لأنها بمجرد الخروج، صارت عرضة للنفور، فيكون إخراجها إتلافها معنى فيضمن لها.

وفيه أيضاً: ذكر المعلى في «نوادره» عن أبي يوسف: في رجل استعار محملاً أو فسطاطاً، وهو في مصر، فسافر به؛ لا يضمن، وإن استعار سيفاً أو عمامة، وسافر به ضمن، والفرق: أن الاستعارة، وإن وجدت في المصر؛ إلا أن الفسطاط والمحمل يستعملان خارج المصر عادة، فصار عادتهما إذناً بالمسافرة بهما، ولا كذلك السيف، والعمامة.

وفيه أيضاً: استعار من رجل فرساً ليغزو عليه أربعة أشهر، ثم لقيه المعير بعد شهرين في بلاد المسلمين، وأراد أخذه، فله ذلك، وإن لقيه في بلاد الشرك في موضع لا يقدر على كراء وعلى شراء ليس له أن يأخذه دفعاً للضرر عن المستعير، ويكون على المستعير، أجر مثل ذلك الفرس من ذلك الموضع الذي طلبه منه صاحبه دفعاً للضرر من الطرفين.

ونظير هذه المسألة: رجل استعار من آخر أمة ترضع ابناً له، فلما تعود الصبي وصار لا يرضع إلا منها؛ قال المعير: اردد عليَّ أمتي، فليس له ذلك، وله أجر مثل جاريته إلى أن يفطم الصبي، وكذلك إذا استعار من آخر زقاقاً وجعل فيها زيتاً فأخذه في صحراء، فليس له أن يأخذ الزقاق وله أجر مثلها إلى موضع يجد فيها زقاقاً فيحول زيته.

وفيه أيضاً: إبراهيم عن محمد رجل قال لرجل: أعرني دابتك فرسخين، أو قال: إلى فرسخين، قال: له فرسخان ذاهباً وجائياً، فتصير أربعة فراسخ، وكذلك كل عارية تكون في المصر؛ نحو تشييع الجنازة وأشباهها، وهذا استحسان أخذ به علماؤنا لمكان العرف الظاهر فيما بين الناس، والقياس أن يكون هذا على الذهاب خاصة، ولا يكون له أن يرجع عليها.

استعار من آخر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فبعث الدابة مع وكيل له ليحمل عليها الحنطة، فحمل الوكيل حنطة نفسه مثلها لا يضمن. في كتاب الشركة في باب خصومة المتفاوضين استعارة الشيء للرهن من غيره جائز، وإنه معروف، والاستعارة ليؤاجر من غيره جائز؛ ذكر شيخ لإسلام في شرح كتاب المزارعة في باب اختلافهما في الزراعة.

وذكر في «فتاوى أبي الليث»: أن والد الصغير ليس له أن يعير متاع ولده الصغير، وذكر شمس الأئمة الحلواني في أول شرح الوكالة: أن للأب أن يعير ولده الصغير[١]، وذكر شمس الأئمة الحلواني، وهل له أن يعير مال ولده الصغير؟ بعض المتأخرين من مشايخنا قالوا: له ذلك، وعامة المشايخ على أنه ليس له ذلك.

صبي استعار من صبي شيئاً كالقدوم، ونحوه، فأعطاه، وكان الشيء لغير الدافع، فهلك في يده؛ إن كان الصبي الأول مأذوناً لا يجب على الثاني شيء، وإنما يجب على الأول؛ لأنه إذا كان مأذوناً صح الدفع منه، فكان التلف حاصلاً بتسليطه، وإن كان الشيء

(١) كذا بالأصل، ولعلها: للأب أن يعير متاع ولده الصغير.

للأول لا يضمن الثاني أيضاً لما قلنا، وإن كان الأول محجوراً عليه ضمن هو بالدفع، ويضمن الثاني بالأخذ منه، ويكون الأول غاصباً، والثاني غاصب الغاصب.

استعار من آخر شيئاً، فدفع ولده الصغير المحجور عليه المستعار إلى غيره بطريق العارية، فضاع يضمن الصبي الدافع، وكذا المدفوع إليه؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه.

أعار من آخر شيئاً وهلك في يد المستعير، ثم استحقه مستحق فله الخيار؛ يضمن أيهما شاء، فإن ضمن المعير، فليس له أن يرجع على المستعير؛ لأنه تبين أنه أعار ملك نفسه، وإن ضمن المستعير، فكذلك لا يرجع على المعير؛ لأن المستعير في القبض عائد لنفسه، فإنما يضمن بسبب عمل لنفسه، فلا يرجع به على غيره.

في «الجامع الأصغر»: أرض بين جماعة؛ أذن واحد منهم للباقين أن يبنوا فيها قصوراً، فبنوا ثم أراد الآذن أن يهدم بناء قصر منها؛ كان لهم منعه، وله أن يأخذهم برفع قصورهم بناء على ما قلنا: إن العارية غير لازمة، والله أعلم. تم كتاب العارية.

فهرس المحتويات

كتاب السير

كتاب الاستحسان والكراهية

كتاب التحري

كتاب اللقيط

كتاب اللقطة

كتاب الإباق

كتاب المفقود

كتاب الغصب

كتاب الوديعة

كتاب العارية